

単独・直接の取引拒絶規制法理の研究

著者	福永 成徳
発行年	2014
学位授与大学	筑波大学 (University of Tsukuba)
学位授与年度	2013
報告番号	12102甲第6784号
URL	http://hdl.handle.net/2241/00123232

単独・直接の取引拒絶規制法理の研究

筑波大学審査学位論文（博士）

2014

福永 成徳

筑波大学大学院

ビジネス科学研究科 企業科学専攻

【目次】

序章 本稿の研究目的	・・・1
1. 研究の背景、および問題の所在、ならびに研究目的	・・・1
2. 本稿の構成	・・・5
3. 外形的特徴に基づく単独・直接の取引拒絶の分類整理	・・・6

《第Ⅰ部 米国における単独・直接の取引拒絶規制》

第1章 米国における独占化要件論と排除行為規制の状況	・・・9
第1節 「独占化」要件の構成要素と形成過程	・・・10
1-1. 第一要件にいう「独占力」について	・・・11
1-2. 第一要件にいう「関連市場」について	・・・12
1-2-1. 製品市場の画定	・・・13
1-2-2. 地理的市場の画定	・・・15
1-3. 第二要件の認定基準の変遷	・・・17
1-3-1. Standard Oil 基準	・・・18
1-3-2. Alcoa 基準	・・・18
1-3-3. Grinnell 基準	・・・20
1-3-4. 行為の類型化による識別	・・・21
第2節 排除行為規制の今日的状況(単独行為の類型化アプローチ)	・・・22
A) 単独・間接の取引拒絶	・・・22
B) 単独・直接の取引拒絶	・・・23
C) 製品設計および新製品開発	・・・25
D) 略奪的価格設定	・・・25

E) 価格圧搾	・ ・ ・ 27
F) 標準化設定の濫用	・ ・ ・ 28
《小括》	・ ・ ・ 29
 第 2 章 米国における単独・直接の取引拒絶規制法理の展開	 ・ ・ ・ 31
第 1 節 シャーマン法制定以前およびシャーマン法黎明期における 取引拒絶に対する法的評価	 ・ ・ ・ 32
1－1. 取引拒絶に対するコモン・ローの法理	・ ・ ・ 33
1－2. 公益事業者に関する概念整理と規制体系	・ ・ ・ 34
1－3. 公益事業者による単独・直接の取引拒絶に対する規制手法	・ ・ ・ 35
1－4. 私益事業者による単独・直接の取引拒絶に対する通念	・ ・ ・ 37
1－5. Colgate 事件連邦最高裁判決(1919 年)	・ ・ ・ 40
《小括》	・ ・ ・ 42
第 2 節 シャーマン法による単独・直接の取引拒絶規制法理の形成	・ ・ ・ 43
2－1. Southern Photo 事件連邦最高裁判決(1927 年)	・ ・ ・ 44
2－2. Otter Tail Power 事件連邦最高裁判決(1973 年)	・ ・ ・ 46
2－3. 判例分析のまとめ、ならびに考察	・ ・ ・ 50
《小括》	・ ・ ・ 52
 第 3 章 Essential Facilities Doctrine の形成と展開	 ・ ・ ・ 55
第 1 節 EF 理論の形成に影響を及ぼした初期の学説	・ ・ ・ 56
1－1. ボトルネック理論	・ ・ ・ 56
1－2. 公益事業アプローチ	・ ・ ・ 59
《小括》	・ ・ ・ 60
第 2 節 米国下級審判例による EF 理論の形成	・ ・ ・ 61
2－1. Hecht 事件連邦控訴裁判決(1977 年)	・ ・ ・ 61
2－2. MCI 事件連邦控訴裁判決(1983 年)	・ ・ ・ 64
2－3. EF 理論の 4 要件に対するその他下級審の動向	・ ・ ・ 68
《小括》	・ ・ ・ 71

第3節 EF理論に対する学説の反応	・ ・ ・ 72
3－1．EF理論に対する肯定的な見解	・ ・ ・ 72
3－2．EF理論に対する否定的な見解	・ ・ ・ 74
3－3．肯定説・否定説の検討、ならびに考察	・ ・ ・ 77
《小括》	・ ・ ・ 79
第4章 米国における単独・直接の取引拒絶規制法理の今日的状況	・ ・ ・ 81
第1節 排除行為該当性の判断要素としての「行為の反競争性」と これを基礎付ける「短期的利益犠牲」の証拠	・ ・ ・ 81
1－1．Aspen事件連邦最高裁判決(1985年)	・ ・ ・ 81
1－2．Aspen事件連邦最高裁判決の意義	・ ・ ・ 87
第2節 対市場効果に着目した違法性識別基準の探索 (効果アプローチの観点から)	・ ・ ・ 88
2－1．厚生テスト	・ ・ ・ 89
2－1－1．社会的な総厚生が増大か消費者厚生が増大か	・ ・ ・ 89
2－1－2．消費者厚生原理の適用可能性	・ ・ ・ 92
2－2．排除行為の不当性を識別する基準としての厚生テストの妥当性	・ ・ ・ 93
《小括》	・ ・ ・ 94
第3節 行為の性格に着目した違法性識別基準の探索 (行為アプローチ：とりわけ利益犠牲の観点から)	・ ・ ・ 95
3－1．能率競争概念および競争過程	・ ・ ・ 95
3－2．短期的利益犠牲テスト、および経済的不合理性テスト	・ ・ ・ 96
3－3．包括的な排除行為識別基準としての利益犠牲テストの限界	・ ・ ・ 98
3－4．単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準として 利益犠牲テストの採用可能性	・ ・ ・ 99
3－5．単独・直接の取引拒絶に対する利益犠牲テストの射程とその限界	・ ・ ・ 102
《小括》	・ ・ ・ 104
第4節 行為の性格に着目した違法性識別基準の探索 (行為アプローチ：とりわけ不当なライバル費用引上げの観点から)	・ ・ ・ 104
4－1．ライバル費用引上げ戦略	・ ・ ・ 105
4－2．ライバル費用引上げテストの排除行為に対する包括的な	

違法性識別基準としての採用可能性	・ ・ ・ 106
4－3．単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準として ライバル費用引上げテストの適用可能性	・ ・ ・ 107
第5節 単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断枠組みの再構成	・ ・ ・ 110
5－1．ライバル費用引上げテストと利益犠牲テストによる 違法性判断枠組みの再構成	・ ・ ・ 110
《小括》	・ ・ ・ 111
第5章 Trinko 事件連邦最高裁判決とその後の判例・政策動向	・ ・ ・ 113
第1節 Trinko 事件連邦最高裁判決に見る単独・直接の取引拒絶判例法理	・ ・ ・ 113
1－1．Trinko 事件連邦最高裁判決(2004 年)	・ ・ ・ 113
《小括》	・ ・ ・ 129
第2節 Trinko 事件連邦最高裁判決以降の 単独・直接の取引拒絶判例法理の展開	・ ・ ・ 130
2－1．Trinko 事件連邦最高裁判決以降の判例動向	・ ・ ・ 130
2－1－1．Covad 事件連邦控訴裁判決(2004 年)	・ ・ ・ 130
2－1－2．NYMEX 事件連邦地裁判決(2004 年)	・ ・ ・ 132
2－1－3．Nobody 事件連邦地裁判決(2004 年)	・ ・ ・ 133
第3節 単独・直接の取引拒絶に対する米国競争当局のスタンス	・ ・ ・ 136
3－1．司法省 2 条レポート	・ ・ ・ 136
3－1－1．単独・直接の取引拒絶規制に対する司法省の基本スタンス	・ ・ ・ 136
3－1－2．単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準に対する司法省の見解	・ ・ ・ 140
3－1－3．EF 理論に対する司法省の評価	・ ・ ・ 141
3－2．司法省 2 条レポートに対する反応	・ ・ ・ 143
3－2－1．FTC の反応	・ ・ ・ 143
3－2－2．司法省(現在)の反応	・ ・ ・ 144
第4節 米国法まとめ	・ ・ ・ 146

《第Ⅱ部 EU における単独・直接の取引拒絶規制》

第 6 章	EU における市場支配的地位の濫用行為規制	・ ・ ・ 151
第 1 節	EU の成立過程と EU 競争法の役割・位置付け	・ ・ ・ 152
1-1	ヨーロッパ統合前史	・ ・ ・ 152
1-2	「不戦共同体」の設立	・ ・ ・ 153
1-3	EU への発展	・ ・ ・ 154
1-4	EU の機関と権限配分	・ ・ ・ 155
1-5	EU における競争政策	・ ・ ・ 158
1-6	オルドー自由主義的競争観	・ ・ ・ 160
第 2 節	EU 機能条約 102 条	・ ・ ・ 163
2-1	市場の画定	・ ・ ・ 163
2-2	支配的地位の認定	・ ・ ・ 164
2-3	濫用行為	・ ・ ・ 167
	《小括》	・ ・ ・ 168
第 7 章	単独・直接の「継続取引拒絶」に対する EU 判例法理の 形成と展開	・ ・ ・ 175
第 1 節	単独・直接の継続取引拒絶に対する EU 判例法理の形成と展開	・ ・ ・ 175
1-1	Commercial Solvents 事件欧州司法裁判所判決(1974 年)	・ ・ ・ 175
1-2	United Brands 事件欧州司法裁判所判決(1978 年)	・ ・ ・ 179
	《小括》	・ ・ ・ 185
1-3	継続取引拒絶規制の新たな動向	・ ・ ・ 185
1-3-1	British Midland / Aer Lingus 事件決定(1992 年)	・ ・ ・ 185
第 2 節	欧州委員会による市場支配的地位の濫用行為規制の 「現代化」の試み	・ ・ ・ 189
2-1	競争総局 82 条ディスカッションペーパーによる問題提起	・ ・ ・ 189
2-2	学説の動向	・ ・ ・ 195
第 3 節	EU における市場支配的地位の濫用行為規制の方向性と 単独・直接の継続取引拒絶規制の在り方	・ ・ ・ 199

3-1. 82条の目的に対する欧州司法裁判所のスタンス	・・・199
3-2. 供給拒絶(継続取引拒絶)に対する欧州司法裁判所のスタンス	・・・202
3-2-1. GlaxoSmithKline AEVE 事件欧州司法裁判所判決(2008年)	・・・202
3-3. 82条ガイダンスと今後の濫用行為規制の方向性	・・・207
《小括》	・・・212

第8章 単独・直接の「新規取引拒絶」に対する EU 判例法理の形成と展開 ・・・215

第1節 欧州委員会による単独・直接の新規取引拒絶規制法理としての EF 理論の形成	・・・216
1-1. 欧州における不可欠な施設へのアクセス拒絶規制の萌芽	・・・216
1-2. 一連の港湾関連事件決定を通じた EF 理論の形成	・・・218
(a)B&I 事件決定(1992年)	・・・218
(b)Sea Containers 事件決定(1993年)	・・・219
(c)Hafen Roedby 事件決定(1993年)	・・・220
(d)ICG 事件決定(1994年)	・・・221
1-3. 欧州委員会が EF 理論を必要とする理由	・・・224
第2節 EF 理論に基づく欧州司法裁判所の規制アプローチ	・・・226
2-1. Magill 事件判決にみる欧州司法裁判所の新規取引拒絶規制法理	・・・226
2-1-1. Magill 事件欧州司法裁判所判決(1995年)	・・・226
2-2. EU におけるライセンス拒絶の位置付け	・・・232
2-3. Oscar Bronner 事件判決による新規取引拒絶規制法理の精緻化	・・・234
2-3-1. Oscar Bronner 事件欧州司法裁判所判決(1998年)	・・・234
2-4. EF 理論に対する EU の学説上の評価	・・・240
《小括》	・・・243
第3節 EU における単独・直接の新規取引拒絶に対する近時の判例動向	・・・243
3-1. IMS Health 事件欧州司法裁判所判決(2004年)	・・・244
3-2. Microsoft 事件第一審裁判所判決(2007年)	・・・247
3-3. 単独・直接の新規取引拒絶に対する近時の欧州委員会の規制スタンス	・・・254
《小括》	・・・257

第4節 EU法まとめ	・・・258
------------	--------

《第Ⅲ部 日本における単独・直接の取引拒絶規制》

第9章 我が国における私的独占および不公正な取引方法の 違法要件論	・・・265
第1節 独禁法概論	・・・266
1－1．単独・直接の取引拒絶規制の独禁法上の位置付け	・・・266
1－2．独禁法の法目的	・・・268
第2節 私的独占の成立要件	・・・271
2－1．行為主体の要件	・・・271
2－2．行為形態の要件	・・・272
2－2－1．排除行為の概念	・・・273
2－3．市場効果の要件	・・・275
2－3－1．「公共の利益に反して」の解釈	・・・275
2－3－2．私的独占における「一定の取引分野」	・・・279
2－3－3．私的独占における「競争の実質的制限」	・・・281
《小括》	・・・284
第3節 不公正な取引方法の違法要件	・・・285
3－1．公正競争阻害性	・・・285
3－2．阻害する「おそれ」の解釈	・・・290
《小括》	・・・291
第10章 我が国における単独・直接の取引拒絶の 違法性判断基準	・・・293
第1節 不公正な取引方法および私的独占としての単独・直接の 取引拒絶に対する違法性判断基準	・・・293
1－1．単独・直接の取引拒絶の「排除行為該当性」の認定プロセス	・・・294

1-1-1. 流通・取引慣行ガイドラインの観点から	・・・294
1-1-2. 知的財産ガイドラインの観点から	・・・296
1-1-3. 排除型私的独占ガイドラインの観点から	・・・297
1-1-4. 排除行為該当性を認定するための共通要素	・・・298
1-1-5. 行為の不当性の一般化と不当性を識別する基準 (比較法検討を踏まえて)	・・・299
1-2. 単独・直接の取引拒絶に「競争の実質的制限」を認定するための 判断要素	・・・302
1-2-1. 排除型私的独占ガイドラインの観点から	・・・303
1-2-2. 排除行為該当性の認定との連繋	・・・304
《小括》	・・・305
第2節 審決への当てはめによる検討・検証	・・・307
2-1. 東洋製罐事件勧告審決(1972年)	・・・308
《小括》	・・・312
第3節 単独・直接の新規取引拒絶に対する違法性判断基準	・・・313
3-1. 単独・直接の新規取引拒絶の規制根拠	・・・313
3-2. 独占禁止法研究会報告書を巡る EF 理論立法化の論争	・・・316
3-2-1. 独占・寡占規制見直し議論の背景	・・・316
3-2-2. 独占・寡占問題に対する報告書の基本的な考え方	・・・318
3-2-3. 独占・寡占規制に関する報告書の提言	・・・320
3-2-4. 報告書の提言に対する学説からの批判	・・・321
《小括》	・・・324
3-3. NTT 東日本事件最高裁判決にみる「単独・直接の 新規取引拒絶」の規制法理	・・・325
3-3-1. NTT 東日本事件最高裁判決(2010年)	・・・325
《小括》	・・・339
3-4. 不当な取引妨害規制からの示唆	・・・341
第4節 日本法まとめ	・・・343
4-1. 単独・直接の継続取引拒絶規制と 単独・直接の新規取引拒絶規制の異同	・・・343
4-2. 検討すべき課題	・・・346

終章 本稿のまとめ	・・・ 349
第1節 日・米・EUを対象とした単独・直接の取引拒絶規制の国際比較	・・・ 349
1－1．継続取引拒絶規制の国際比較	・・・ 349
1－2．新規取引拒絶規制の国際比較	・・・ 352
第2節 外形的特徴に基づくタイプ別分類による各国の規制状況	・・・ 354
2－1．タイプ別分類とタイプ別の規制状況についての 確認ならびに検討	・・・ 354
2－2．各タイプにおける排除行為該当性の判断要素の「一般化」と 各国の規制の在り方の異同	・・・ 356
第3節 我が国への示唆	・・・ 358
3－1．Type Yを規制する上での課題認識	・・・ 358
3－1－1．「Type Y 規制上の課題」における ベースライン問題に対する試論	・・・ 359
3－1－2．「Type Y 規制上の課題」における 投資インセンティブ問題に対する試論	・・・ 360
3－1－3．「Type Y 規制上の課題」における継続取引拒絶(Type A および Type B)との統一的な基準の設定に対する試論	・・・ 362
3－2．競争政策の観点から「取引すべき状態」が要請される分野 (単独・直接の新規取引拒絶に対して「競争法上の取引義務」 を規定することが想定される市場)	・・・ 364
第4節 結語	・・・ 366
参考文献	・・・ 373

序章 本稿の研究目的

1. 研究の背景、および問題の所在、ならびに研究目的

事業者は誰と取引するか、または取引しないか、或いはどのような条件で取引するかは基本的には事業者の自由である¹。これは一般に「取引先選択の自由」と称される法原則であり²、事業者によって「取引先選択の自由」が行使された場合、競争法/競争政策上の観点から二つの効果が市場にもたらされ得る。ひとつは、取引先の選択を通じて実現される企業効率の向上、ひいては市場における活発な競争の展開であり、この場合、競争促進的な対市場効果が期待される。もうひとつは、取引先の選択を通じて生起する相手方事業者の排除、ひいては市場における競争の減殺であり、この場合、競争制限的な対市場効果が懸念される。

我が国の独占禁止法(以下、「独禁法」と略称する)³をはじめ、各国・地域の競争法は事業者が取引を拒絶する行為を一定の要件のもとで違法とし、従って、取引先選択の自由を制限する⁴。ここでは「競争促進的效果」と「競争制限的效果」という異なる市場効果を評価することが求められ、その何れの影響を重視すべきか判断することが問題となる。

この問題は競争法/競争政策上、「最も不安定で厄介な論点のひとつ(one of the most unsettled and vexatious issues)」と形容され⁵、近代的な競争法が制定されて以降、絶えず論争的であり続け⁶、幾多の論考が試みられてきた⁷ものの、なお依然として議論の尽きな

¹ 金井貴嗣＝川濱昇ほか『独占禁止法〔第3版〕』(弘文堂・2011年)254～255頁。

² 「取引先選択の自由」は取引の強制や取引条件の拘束からの自由でもあることから「競争の前提」とされる(川濱昇「知的財産と独占禁止法—対立、補完、協働」日本経済法学会編『知的財産と独占禁止法』日本経済法学会年報第32号(有斐閣・2011年)2頁)。

³ 正式名称は「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」(昭和22年4月14日法律第54号(直近改正：平成21年6月10日法律第51号))。

⁴ 例えば、米国ではシャーマン法2条が、EUではEU機能条約102条が、そして我が国では独禁法3条前段および19条が事業者の取引拒絶行為を一定の要件の下で違法とする。

⁵ See, ABA, “Antitrust Law Developments 6th ed.”, 258 (2007) (quoting *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843, 846 (6th Cir. 1979)).

⁶ 米国では1890年に反トラスト法が制定されて以降、1919年に *Colgate* 事件連邦最高裁判決(*United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919))が取引拒絶の事案についてメルクマールの判断を示し判例法形成の端緒を開いているが、21世紀の今日においてもなお取引拒絶規制の在り方については議論が収束しておらず、2004年の *Trinko* 事件連邦最高裁判決(*Verizon Communications, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), [hereinafter, “*Trinko*”])では司法省と連邦取引委員会が共同で意見書(*United States and Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner*, 2003.,

い問題である⁸。

とりわけ、近年、二つの理由から改めてこの問題が各国・地域で同時進行的にクローズアップされている。ひとつは、規制緩和の進展に伴い、従来自然独占と考えられてきた公益事業分野に競争を導入する過程で顕在化した独占問題に対処する必要から生じたものであり、いわゆる「不可欠施設(Essential Facilities)」⁹へのアクセス拒絶をいかに規制するかが問題となっている¹⁰。もうひとつは、情報通信技術の発達に伴い、ネットワーク外部性を活用して技術標準を形成する過程で顕在化した独占問題に対処する必要から生じたものであり、知的財産権等が「不可欠施設」と同等の機能・役割を有する場合に、これへのアクセス拒絶をいかに規制するかが問題となっている¹¹。

本稿では、上記にいう取引拒絶(アクセス拒絶)のうち、単独の事業者が相手方との取引を拒絶する「単独の取引拒絶」であって、且つ、直接的に取引を拒絶する「単独・直接の取引拒絶」を扱う。また本稿は、競争へ及ぼす影響の大きさから主として競争者に対する単独・直接の取引拒絶を検討の対象とし、これを「単独・直接の取引拒絶」と表記するものであるが、テーマとの係わりから拒絶の相手方が顧客である場合も適宜参照するものであり、この場合「単独・直接の取引拒絶(顧客)」という表記を用いる¹²。

他方、これと異なり、複数の事業者が共同して取引先を拒絶する「共同の取引拒絶」は、競争関係にある事業者間の共同行為であることから反競争的な人為性が認められ¹³、同様に、単独の事業者が他の事業者を介して間接的に取引を拒絶する「単独・間接の取引拒絶」も、

Verizon Communications, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004))を提示するなど反トラスト政策上の関心も高く、取引拒絶をめぐる議論の様相はなお流動的であり、その規制の在り方をめぐっては法的・政治的・経済学的な観点から様々な力学が働いている。

⁷ 邦語の文献で優れたものとして、例えば、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(1)(2・完)」民商法雑誌 121 巻 6 号(有斐閣・2000 年)813 頁以下、122 巻 1 号(有斐閣・2000 年)74 頁以下。欧米の論稿では、例えば、A. Douglas Melamed, 'Evolving Antitrust Treatment of Dominant Firms: Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusal to Deal', 20 Berkeley Tech. L.J. 1247 (2005)。

⁸ 日・米・EU の規制当局がほぼ同時期に単独行為規制のガイドラインを公表し、そのガイドラインの中で取引拒絶に対する規制方針を示しているが、なお依然として取引拒絶の問題が解決されたとの合意は形成されていない(参照 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」平成 21 年(2009 年)10 月 28 日 公正取引委員会； U.S. Department of Justice, 'Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act', September 8 (2008); Communication from the Commission, 'Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings', OJ C45/02 24.2.2009)。

⁹ 「不可欠施設」とは「その利用なしにはおよそ市場へのアクセスが不可能なもの」と説明されるが、「物理的な施設である必要はなく、投入要素程度の意味」として観念される(金井＝川濱・前掲注 1, 275 頁)。

¹⁰ 例えば、我が国の事案である NTT 東日本事件最高裁判決(最判平 22・12・17 民集 64 巻 8 号 2067 頁)、および、米国の事案である前掲 Trinko 事件連邦最高裁判決(See, Trinko, supra note 6)を参照。

¹¹ 例えば、EU の事案である IMS Health 事件欧州司法裁判所判決(Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, [2004] ECR I 5039, [hereinafter, 'IMS Health']), および、Microsoft 事件一般裁判所判決(Case T-201/04 Microsoft v. Commission, [2007] ECR II 3601)を参照。

¹² なお、本稿が扱う単独・直接の取引拒絶の具体的な類型は本章後段(および表 1)で改めて明確化する。

¹³ 「共同の取引拒絶は『正当な理由』なく成立し、解釈論としてあまり問題はない」と評される(波光巖「単独の取引拒絶」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相(下) 厚谷襄児先生古希記念論集』(信山社・2005 年)625 頁)。米国でも共同の取引拒絶は Boycott という水平的競争制限行為類型に分類されシャーマン法 1 条により「当然違法(per se illegal)」とされる。

行為者が拘束を通じて競争者等を排除する力を獲得し、拒絶の意思決定に他の事業者が関わっている点で反競争的な人為性が認められる¹⁴ことから、これらの行為については競争制限的效果をもたらす不当な行為と評価することに理論的障害はなく、論究する意義は劣後する。

これに対し、本稿が扱う「単独・直接の取引拒絶」は、事業者が単独でその自由な意思に基づき取引拒絶という行為に及ぶ場合、「当該行為の不当性をどのように評価するか」、また「当該行為を不当と評価し得る基準は何か」という基本的な評価基準について、本来的にはこれら基準は明確であるべきところ、また、これら基準によって当該行為がもたらす帰結が予見可能であるべきところ、これら評価基準は未だ十分に確立されておらず、その探索と確立は喫緊の課題とされている。上記の各国・地域におけるアクセス拒絶規制が直面している問題もこの点に集約される。

なお、先に記した二つの背景理由のうち、本稿は一つ目に示した不可欠施設等へのアクセス拒絶を主たる検討の対象とし、基本的には商品・サービスといった製品市場(川下市場)において競争者を排除に至らしめる効果を有する単独・直接の取引拒絶を扱う。

他方、二つ目に示した技術標準を設定する過程で顕在化する独占問題は、近時の米国や EU で現実の事案として生起しており、その規制の在り方について議論が高まりを見せている¹⁵(具体的には、標準化団体により排他的に選定された必須特許のライセンサーが、高額の特許料を要求し、これに応じないライセンサーに対して特許の差止めを求める行為等が問題となっており、いわゆる単独・直接の取引拒絶(ライセンス拒絶)の不当性が争われている¹⁶)が、技術標準設定過程で生起する取引拒絶(ライセンス拒絶)は、競争者に対する排除効果に止まらず、顧客に対する欺瞞的ないし搾取的な濫用行為も競争法上の争点となっており¹⁷、また、製品市場(川下市場)における競争に止まらず、標準化設定段階における

¹⁴ 「単独・間接の取引拒絶」は、「共同の取引拒絶」と同様の人為性が認められ、取引拒絶の性質・効果の判断が比較的容易であるとされる(和久井・前掲注 7(1), 815 頁)。

¹⁵ 技術標準設定過程で生起する取引拒絶(ライセンス拒絶)の規制の在り方を巡る議論につき、参照 滝川敏明「スマートフォン特許戦争とパテント・ホールドアップ」国際商事法務 41 巻 8 号 1127 頁以下。

¹⁶ 例えば、Google 事件 FTC 同意審決は、標準化団体により排他的に選定された必須特許のライセンサーである Google 社が、ライセンサーである Apple 社や Microsoft 社に対して特許を差し止めたこと、および米国国際通商委員会に対して同社製品の輸入差止めを行ったことが FTC 法 5 条に違反するとされた (FTC, In the Matter of Motorola Mobility LLC and Google Inc., Docket No. C-4410, Complaint (July 24, 2013))。また、EU でも類似の事案につき欧州委員会が Google 社に対して異議告知書を送付している (European Commission Press Release, 'Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents-Question and Answer', 6 May 2013)。

¹⁷ 例えば、Dell 事件 FTC 同意審決では、特許を有することを秘匿しつつ、当該特許が標準として採用された後に特許を有すると主張したことが欺瞞的行為として FTC 法 5 条に違反するとされ (FTC, In the Matter of Dell Computer Corp., Docket No. C-3658, Complaint (May 20, 1996))、N-Data 事件 FTC 同意審決では、標準に採用された特許技術について所定の金額と条件でライセンスを行うべきところ、高額の特許料を要求し、要求に応じない者に対して訴訟を提起したことが搾取的行為として FTC 法 5 条に違反するとされた (FTC, In the Matter of Negotiated Date Solutions LLC., Docket No. C-4243, Complaint (September 22, 2008))。

代替技術の排除など技術市場(川上市場)における競争への影響も問題となっており¹⁸、上記にて、本稿が主たる検討の対象と位置付ける不可欠施設等へのアクセス拒絶の問題と特徴を異にする。

従って、本稿では、技術標準設定過程で生起する取引拒絶(ライセンス拒絶)は、検討の対象外と位置付けることとする。

このような事情を踏まえ、本稿が目的とするのは不可欠施設等へのアクセス拒絶を典型とし、商品・サービスといった製品市場(川下市場)において競争者を排除に至らしめる効果を有する「単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準の探索」である。

なお、本稿が論考するにあたって意識したのは「当事者にとって把握可能な、或いは、認識可能な違法性判断基準とは何か」である。近時、最高裁は NTT 東日本事件判決において、単独・直接の取引拒絶の排除行為該当性に関して、事案の状況を「総合的に考慮して」判断するアプローチを示し¹⁹、また、競争の実質的制限に関して、これを「市場支配力の形成、維持ないし強化」と定位した²⁰。同判決は排除型私的独占に関する我が国で初めての判決であり、同判決の意義と重要性は論を待たない。しかしながら、同判決がいう「総合的に考慮して」判断するとはいかなるものなのか、排除行為該当性を判断する「基準」としては必ずしも明瞭・明確であるとはいえないように思われる²¹。また、同判決にいう「市場支配力」の解釈に関して、これを価格支配力と捉えるのか、それとも市場の開放性を妨げる力と捉えるのか学説上の議論が収束していない²²。

独禁法は不当な取引拒絶を違法とし、競争を維持・促進することを目的とする。しかしながら、「何らかの形で当事者にとって自分の行なっている行為が社会を害するものである

¹⁸ Rambus 事件連邦控訴裁判決では、R&D 専門の被告が標準化団体に参加しないことにより RAND(合理的かつ非差別的：Reasonable and Non-Discriminatory)条件に関する規約を免れたにもかかわらず、標準化の選定に自社の特許技術が含まれるよう行動したことの違法性が争われた(Rambus v. Federal Trade Commission, 522 F.3d 456 (DC Cir. 2008))。

¹⁹ NTT 東日本事件最高裁判決、前掲注 10, 理由 4。

²⁰ NTT 東日本事件最高裁判決、前掲注 10, 理由 5。

²¹ 同判決は排除行為該当性を「総合的に考慮する」際の要素として、①代替取引先確保の難易、②本件サービスの特性、③本件行為の態様、④事業者の地位や競争条件、および⑤本件行為の継続期間を例示的に列挙する(NTT 東日本事件最高裁判決、前掲注 10, 理由 4)。また、公正取引委員会が公表した排除型私的独占に関するガイドラインにおいても、供給拒絶の違法性判断に際しては事案に係る諸要素が「総合的に考慮される」とされ、ア)川上市場及び川下市場全体の状況、イ)川上市場における行為者及びその行為者の地位、ウ)川下市場における供給先事業者の地位、エ)行為の期間、およびオ)行為の態様を考慮要素として掲げ、NTT 東日本最高裁判決と同様の視座を有する(公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」平成 21 年 10 月 28 日)。これら諸要素が「総合的に考慮される」として、具体的に「どのように」考慮され違法性判断に結びつくのか、すなわち、違法性判断の枠組みと判断基準の在り方が問題となろう。

²² 本判決にいう「市場支配力」の解釈に関して、これを価格支配力と捉えるものとして泉水文雄「東日本電信電話の光ファイバ設備に関する私的独占事件最高裁判決」公正取引 726 号(2011 年)80～81 頁。他方、これを市場の開放性を妨げる力と捉えるものとして根岸哲「NTT 東日本のマージン・スクイーズと排除型私的独占」民商法雑誌 144 巻(有斐閣・2011 年)814 頁。

と認識できないことには、その法を遵守するすべはない」²³との説示に見られるように、自律的な競争法規範を形成し、法目的を実現していく上で、違法/適法に関する認識可能な判断基準を示すことは法政策の観点から極めて重要な配慮であると思われる。

従って、本稿の目的は、「単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準の探索」であり、且つ、「当事者にとって把握可能な、或いは、認識可能な違法性判断基準の探索」である。また、本稿以下で表記する「違法性判断基準」とは、判例等を通じて確立された違法要件に対して、要件充足性をどのような事実から、どのような論理により推認するのか、その「判断要素」と「判断ロジック」の在り方をいう。

なお、上記に掲げた目的を「主たる目的」と定位しつつ、その結論を探索する過程で本稿では比較法分析を行い(後述するように、米国、EU、日本を対象とする)、以下の点を明らかにすることも併せて試みる。

- ・比較法分析から導かれる「判断要素」の特定と「判断ロジック」の明確化
- ・各国の規制の在り方の方向性や相互の距離感の今日的状況
- ・外形的特徴に基づく分類(後述)とその一般化
- ・各国の規制の在り方にみる共通点と相違点の明確化
- ・我が国の規制法理の内在的課題に対する試論の展開と解決案の提示

2. 本稿の構成

本稿以下では検討・分析過程を全3部(第1章～第10章)で構成しており、第1部では判例と議論の蓄積が豊富な米国を対象に、同国における単独・直接の取引拒絶規制法理を論究する。第2部では近時、競争法規範形成および競争政策動向の面で著しく重要性を増しているEUを検討の対象として取り上げ、米国とは異なる規制動向を分析しつつEUにおける規制概念の特殊性を明らかにし、これに対する評価を行う。そして第3部では、第1部および第2部での検討を踏まえ、我が国における単独・直接の取引拒絶規制の在り方について不公正な取引方法と私的独占の両面から検討と分析を行う。

以下、より具体的には、第1部は第1章～第5章で構成され、第1章では米国法を検討する前提的作業として総論的に独占化行為要件論を検討する。続く第2章では各論として単独・直接の取引拒絶に関する米国判例法理の史的展開をEF理論(Essential Facilities Doctrine)²⁴が登場する前段まで論究し、第3章では単独・直接の取引拒絶規制の中心的テーマであるEF理論について、その形成過程と運用状況を概観し、法理論としての妥当性や適用可能性等について分析・評価を行う。そして第4章では近時進展の著しい経済分析や

²³ 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌139巻6号(有斐閣・2009年)588頁。

²⁴ 単独の取引拒絶の違法性判断基準として米国下級審で形成された判例法理である(See, e.g., MCI Communications Corp v. AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983)。

経済理論について検討と考察を行い、第 5 章では単独・直接の取引拒絶に関する直近の連邦最高裁判例である *Trinko* 事件判決²⁵を詳述しつつ、その後の判例動向や政策動向をも踏まえて米国における単独・直接の取引拒絶規制法理の到達点を概括する。

第 2 部は第 6 章～第 8 章で構成され、第 6 章では人為的な政治結合体である EU の成立過程や成立目的等を確認し、EU 競争法の特徴と特殊性を整理する。続く第 7 章では単独・直接の取引拒絶のうち、継続取引拒絶の規制状況を判例や委員会決定から分析・検討し、そして第 8 章では新規取引拒絶の規制状況、とりわけ EF 理論の適用状況という観点から規制の在り方を分析し、EU の判例法理を明らかにする。

第 3 部は第 9 章と第 10 章により構成され、第 9 章では我が国の独禁法が単独・直接の取引拒絶を規制する法領域である不公正な取引方法と私的独占に関し、その相互関係や違法要件について前提的・総論的な検討を行い、続く第 10 章では各論として単独・直接の取引拒絶に対する規制動向を検討・分析し、我が国における単独・直接の取引拒絶の規制法理の「現状」と「課題」を明らかにする。

そして、終章では、米国・EU・日本の規制状況を比較分析しつつ、そこから得られた示唆を踏まえ、我が国の単独・直接の取引拒絶規制法理が抱える「課題」に対して一つの試論を展開し、規制の在り方について提言を行う。

3. 外形的特徴に基づく単独・直接の取引拒絶の分類整理

本稿では、主として単独・直接の取引拒絶を扱うが、当該取引拒絶は行為の外形的特徴に基づき、二つの分析視角から 4 つのパターンに分類することが可能である。

一つ目の視角は、当該取引拒絶が「継続取引の解消」か「新規取引の申込拒絶」かに着目するものであり、前者を「単独・直接の継続取引拒絶」、後者を「単独・直接の新規取引拒絶」と定位する分類である。この分析視角は米国連邦最高裁が行為の反競争性を判断する上で重視している視角であり²⁶、また、我が国の学説においても両者を区別すべきとする見解があり²⁷、本稿もこの分析視角を重視して検討を行う。

二つ目の視角は、取引相手方との関係が「同一の取引段階」にある“水平的”な関係か、

²⁵ See, *Trinko*, supra note 6.

²⁶ *Trinko* 事件連邦最高裁判決では、利益を見込んで開始した継続取引の一方的な拒絶は、反競争的な目的を達成すべく短期的な利益を犠牲にした不当な行為であるとしつつ、新規取引の拒絶は、それが競争的な熱意によるものなのか反競争的な悪意によるものなのか明らかではないため行為の不当性も明らかではないと説示しており (See, *Trinko*, supra note 6, at 409)、行為の反競争性を判断する上で継続取引拒絶なのかそれとも新規取引拒絶なのかを重視している。

²⁷ 例えば、波光巖「単独の取引拒絶」『競争法の現代的諸相(下)厚谷襄児先生古希記念論集』(信山社・2005 年)651 頁、実方謙二ほか著『独占禁止法講座 V 不公正な取引方法(上)』〔向田直範執筆部分〕(商事法務研究会・1985 年)79 頁、平林英勝「NTT 東日本による FTTH サービスの私的独占事件審決の検討」判例タイムズ 1246 号(2007 年)79 頁。もっとも、継続取引拒絶と新規取引拒絶を区別すべきとする根拠はそれぞれの学説で異なり、その概要は本稿 第 10 章 第 3 節を参照。

それとも「異なる取引段階」にある“垂直的”な関係かに着目するものであり、前者を「単独・直接の水平的取引拒絶」、後者を「単独・直接の垂直的取引拒絶」と定位する分類である。前者の場合、取引の相手方は競争者(潜在的競争者を含む)であり、後者の場合、取引の相手方は川下市場における競争者(潜在的競争者を含む)と顧客の何れのケースも想定されるが、本稿では競争に及ぼす影響の大きさから主として競争者(潜在的競争者を含む)のケースに焦点を当てる。この視角からの分類は近時 EU において採用されているものであり、欧州委員会(競争総局)は垂直的な関係における取引拒絶を「垂直的排除行為(vertical foreclosure)としての供給拒絶」として問題視し²⁸、欧州司法裁判所も新規取引拒絶を違法と判断する上で「二つの区分された市場」の存在を要求している²⁹。また、我が国の排除型私的独占ガイドラインが問題視する取引拒絶(供給拒絶)の態様は、川上市場の事業者が川下市場の事業者に対して取引を拒絶する状況であり³⁰、上記に言う「垂直的な関係」を重視している。従って、単独・直接の取引拒絶に対する規制の在り方を外形面から整理する上で当該分類は有益であると解され、本稿もこの分析視角を考慮して検討を行う。

そして、上記二つの分析視角の組み合わせにより単独・直接の取引拒絶は 4 つのパターンに分類され、本稿ではそれぞれ以下のように呼称し便宜上の分類名称(カッコ書き)を与えることとする(本章末尾の表 1 を参照)。

- ・単独・直接の水平的継続取引拒絶 (Type A)
- ・単独・直接の垂直的継続取引拒絶 (Type B)
- ・単独・直接の水平的新規取引拒絶 (Type X)
- ・単独・直接の垂直的新規取引拒絶 (Type Y)

なお、単独・直接の取引拒絶を対象として、その外形的特徴から「継続」/「新規」、或いは、「水平的」/「垂直的」の文言を付すことによって、行為の類型を明確化し、より限定的に扱うことを意図するものであるが、反対に、これら文言を付さない場合には、付さないにより広い概念で行為の類型を観念するものとする。

また、上記の Type B と Type Y の検討に際して、拒絶の相手方が顧客である事例を扱う場合、前述の表記要領に従い、それぞれ「単独・直接の垂直的継続取引拒絶(顧客)」、「単独・直接の垂直的新規取引拒絶(顧客)」という表記を用いる。

上記分類に基づく詳しい比較検討は終章で展開するが、予備的整理として、本稿各章で検討の対象とした主要な判審決例に当該分類名称を付記することとする。

²⁸ See, 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses', December 2005, paras. 209-210.

²⁹ See, IMS Health, *supra* note 11, para. 52.

³⁰ 参照 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 8, 第 2-5(1)。

＜表 1. 単独・直接の取引拒絶のタイプ別分類＞

	継続取引拒絶	新規取引拒絶
水平的排除	Type A	Type X
垂直的排除	Type B	Type Y

※Type A, Type B, Type X, Type Y は本稿独自の分類名称

《 第 I 部：米国における単独・直接の取引拒絶規制 》

第 1 章 米国における独占化要件論と排除行為規制の状況

シャーマン法¹² 条²は「独占化(monopolization)」、および「独占化企図(attempt to monopolize)」を禁止する。しかし、何が「独占化」或いは「独占化企図」に該当する行為なのかについては法文上具体的に明記されておらず、専ら裁判所による判例法形成に委ねられてきた。裁判所は Grinnell 事件連邦最高裁判決³において「独占化」を以下のように定義した。すなわち、「独占化」とは「(1)関連市場において独占力(monopoly power)を有し、(2)優れた製品、ビジネスにおける明敏さ、歴史的事情の結果として発生または進化したのとは異なるやり方によって独占力を意識的に獲得し又は維持したこと」を意味し、これら二つの要件を満たす場合にシャーマン法 2 条に違反すると判示した⁴。他方、「独占化企図」については Spectrum Sports 事件連邦最高裁判決⁵において「(1)略奪的又は反競争的な行為を行っていること、(2)独占化に向けた特定の意図が存在すること、(3)独占力を獲得する危険な蓋然性があること」との三つの要件を満たす場合に「独占化企図」に該当し、シャーマン法 2 条に違法するとの立場が示された。

前記二つの判例は連邦最高裁が示した判例であり、米国での「独占化」「独占化企図」事件において、判例法上、シャーマン法 2 条違反を構成するための違法要件とみることができよう⁶。

¹ 26. Stat. 209 (1890), codified as amended, 15 U. S. C. § 1-7.

² Sherman Act Section 2, “ Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

³ United States v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966), [hereinafter ‘Grinnell’].

⁴ Grinnell 事件連邦最高裁判決で示された二つの要件の充足性が、以後の独占化事件におけるシャーマン法 2 条の違法性判断の基準(touchstone)となったとされる(See, Phillip E. Areeda, Louis Kaplow & Aaron Edlin, ‘Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases, 6th ed.’, 393 (2004)).

⁵ Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

⁶ See, ABA, “Antitrust Law Developments 5th ed.”, 229, 299 (2002), [hereinafter ‘ABA 5th’].

しかし、競争行為は必然的に、或いは潜在的に競争者を排除する性格を伴うものであり⁷、「独占化」「独占化企図」該当性が問疑される排除行為の違法性判断に関して、適法な排除行為と違法な排除行為とを識別する基準⁸は何なのかを巡る議論が、今日の米国において百家争鳴の様相を呈して展開されている状況にある⁹。

とりわけ、排除行為の一形態である「単独・直接の取引拒絶」については、近年、技術革新や経済のグローバル化に伴って相次いで事件が提起される状況にあつて¹⁰、取引を強制することにより短期的には競争が活発化して消費者利益が改善することと、長期的にはイノベーション創出に向けたインセンティブが減少して消費者利益が害されることの見極めが困難であることが指摘され¹¹、また、司法が取引に過剰な介入をすることに対する懸念が示されており¹²、その違法性判断基準の確立は喫緊の解決を要する最も重要なテーマであると同時に、最も困難なテーマであると位置付けられている。

以下では、まず、本論文の主たる検討領域である「単独・直接の取引拒絶」の外延を画することを目的として、シャーマン法 2 条にいう「独占化」の要件論を判例の展開から分析・整理し(「独占化企図」については必要に応じて触れることとする)、排除行為に対する規制概念および規制基準の形成過程を確認するとともに、今日の米国における排除行為規制の執行・運用状況について分析する。

第 1 節 「独占化」要件の構成要素と形成過程

企業の競争行為を「独占化」行為として規制するには二つの要件が必要であるとされる。すなわち、先に触れた **Grinnell** 事件連邦最高裁判決によれば「①関連市場において独占力を有し(以下、「第一要件」という)、②優れた製品、ビジネスにおける明敏さ、歴史的事情の結果として発生または進化したのとは異なるやり方によって独占力を意識的に獲得し又

⁷ 「排除」の概念は非常に多義的であり、競争に有効な行為は同時に競争者を排除する効果を伴う(See, e.g., Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp, “Fundamentals of Antitrust Law 3rd ed.”, 6-18 (2005))。

⁸ 本稿以下では「識別する基準(識別基準)」と「判断する基準(判断基準)」の用語の用法につき、前者は「行為の性質を決定付ける要素を特定する基準」を意味し、後者は「特定された性質決定要素により構成される体系化された規範ないし準則」を意味するものとする。

⁹ 反トラスト法現代化委員会(Antitrust Modernization Commission)において、単独企業の排除行為に関するシャーマン法 2 条適用問題は、反トラスト法における最も困難な問題であるとの認識の下、消費者の利益に資する競争行為と、競争を破壊し独占を獲得・強化する反競争行為とを如何に識別するかという観点から議論が展開された(See, Antitrust Modernization Commission, ‘Report and Recommendations’, 81 (2007))。

¹⁰ 例えば、通信分野における接続拒絶事件(Covad Communications Co. v. Bellsouth Corp., 374 F.3d 1044 (11th Cir. 2004), [hereinafter, ‘Covad’].)や、金融分野における取引拒絶事件(New York Mercantile Exchange, Inc. v. International Exchange, Inc., 323 F. Supp. 2d 559 (S.D.N.Y. 2004))等が該当しよう。

¹¹ See, U.S. Department of Justice, ‘Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act’, Chapter 7, at 119 (2008).

¹² Trinko 事件連邦最高裁判決では、司法が取引条件に介入し、訴訟当事者取引の強制を命じることに對して消極的な態度が示された(Verizon Communications, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004), [hereinafter ‘Trinko’]).

は維持したこと(以下、「第二要件」という)」が必要である¹³。企業の競争行為がこれら二つの要件を満たす場合、シャーマン法 2 条により規制されることとなるが、ここで、独占化要件を構成する要素、とりわけ「独占力」「関連市場」「独占力の意識的な獲得又は維持」の各文言が意味する具体的内容を明らかにすることは重要であろう。以下にこれらについての検討を行う。

1-1. 第一要件にいう「独占力」について

du Pont 事件連邦最高裁判決¹⁴において裁判所は独占力を「市場における価格を支配する力、または (or) 競争を排除する力」と定義した¹⁵。ここで、前者の価格を支配する力とは、競争水準を超えて自己に利益になる形での価格設定が可能な状況にあるということである¹⁶。これに対し、後者の競争を排除する力とは、前者の価格支配力を導くための手段であり、競争者を自己に利益になる形で排除できる戦略的地位のことである¹⁷。判例や学説の多くは、独占力を前者の意味する力の問題と捉えており¹⁸、同様に、経済学的な立場から論じる場合も、独占力ないし市場支配力を前者の意味する力で捉え、その存在をもって反競争効果を認定している¹⁹。

なお、米国の学説において、独占力を「自己の産出量を減少させることにより価格を有利に引き上げる」類型の市場支配力と、「ライバルの費用を増大させることにより自己に有利に価格を引き上げる」類型の市場支配力に分類し、前者の類型を価格を支配する力、後者の類型を競争を排除する力として捉える見方がある²⁰。しかし、何れの類型も価格を引き上げるための手段に着目した分類であり、価格支配力の獲得方法の違いを述べているに過ぎ

¹³ Grinnell, *supra* note 3.

¹⁴ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, (1956), [hereinafter 'du Pont'].

¹⁵ *Id.* at 391. 判旨では、「価格と競争は非常に緊密な関係にあるため、両者を一体として捉えるべきである」との立場が示されている(*Id.* at 392.)。他方、いくつかの下級審では「独占力」とは「価格を支配する力であり、かつ(and)競争を排除する力」と捉えているものがある。たとえば、第 10 巡回区は、独占力の認定において価格を支配する力と競争を排除する力を区別し、その両方を要求している(See, e.g., *Bright v. Moss Ambulance Serv.*, 824 F.2d 819, 824 (10th Cir. 1987); see also, e.g., *Shoppin' Bag of Pueblo, Inc. v. Dillon Cos.*, 783 F.2d 159, 164 (10th Cir. 1986).)。この点に関しては、通常、価格を支配する力は有効な競争が欠如することによって生じると考えられることから、価格を支配する力と競争を排除する力を区別したうえでその両方を要求することは技巧的過ぎるとし、価格と競争は極めて緊密に関連していることから、独占力の認定に際して両者を一体として扱うほうが妥当であるとの見方がある(See, ABA 5th, *supra* note 6, at 230-31.)。

¹⁶ “It is inconceivable that price could be controlled without power over competition ...”, quoted du Pont's statement, *supra* note 14, at 392.

¹⁷ W. M. Landes & R. A. Posner, ‘Market Power in Antitrust Cases’, 94 Harv. L. Rev. 937, 977 (1981).

¹⁸ See, e.g., du Pont, *supra* note 14; see also e.g., Phillip E. Areeda, et al., “Antitrust Law II B 3rd ed.”, ¶ 501. なお、Microsoft 事件連邦控訴裁判決では、参入障壁の存在が、新規参入者によるタイムリーな反応を阻害し、競争水準を超えた価格の上昇を可能にしたとの認識が示されており、これは競争を排除する力に注目する立場といえる(See, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001)).

¹⁹ R. Schmalensee, ‘Comment, Another Look at Market Power’, 95 Harv. L. Rev. 1789, 1789 n. 1 (1982).

²⁰ T. G. Krattenmaker and R. H. Lande and S. C. Salop, ‘Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law’, 76 Geo. L.J. 241 (1987).

ない。故に、独占力とは価格を支配する力と捉えることが妥当であるとの見方が導かれよう。

ところで、問題とされる独占力は市場支配力と同じものなのであろうか。この点に関し、米国の裁判所は両者を同義のものと解していると思われるが²¹、通常、独占力は市場支配力の程度が大きいものを意味すると解される²²。具体的には、独占力の存在を認定するためのシェアを高い水準に設定している。これまでの判例によれば、独占力の存在を認定するに際しては 70%以上のシェアを要求し、反対に、50%未満の場合は独占力の存在を認定していない²³。

ここで、米国裁判所は、第一要件を構成する要素である「独占力」の認定に際しては、その存在のみを問題とし、「独占力」が行使されたかどうかについては問題としていない点に注意を要しよう。例えば、**American Tobacco** 事件連邦最高裁判決²⁴において裁判所は「独占が存在したかどうかを認定するに際して、判断要素として考慮するのは、価格が上昇したことや実際に競争が排除されたことではなく、(被疑企業が)企図した時に、価格を上昇させる力が存在したか、或いは競争を排除する力が存在したかどうかである」²⁵との立場を示している。このことはすなわち、第一要件は市場において独占力を有しているか否か客観的にスクリーニングすることを求めているのであり²⁶、その独占力が行使されたか否か、或いは、行使された場合の行為の性質までをも判断することを求めている。法が非難すべき行為によって独占力が行使されたか否かを問うのは第二要件であり、判断局面を明確に峻別している(第二要件については後述)。

このように独占力の存在のみを探索し、結果として独占力が存在しないと認められた場合には、その時点で独占化要件を充足しないことになり、たとえ被疑企業に排除行為があったとしても、シャーマン法 2 条は当該行為を許容することを示している。よって、米国判例法は第一要件と第二要件を峻別した規制法理を組むことにより、独占化行為規制の対象を独占企業に限定するとの立場を明確にしていると言えよう。

1-2. 第一要件にいう「関連市場」について

²¹ See, e.g., *Cost Mgmt. Servs. v. Washington Natural Gas Co.*, 99 F.3d 937, 950 n. 15 (9th Cir. 1996) “The terms ‘market power’ and ‘monopoly power’ are used interchangeably herein.”; see also, e.g., *U.S. Anchor Mfg. Co. v. Rule Indus.*, 7 F.3d 986, 994 n.12 (11th Cir. 1993) “The terms ‘monopoly power’ and ‘market power’ are synonymous”.

²² *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Serv., Inc.*, 504 U.S. 451, 481 (1992), [hereinafter, ‘Kodak’].

²³ 独占力の存在を認定するに際して裁判所が要求する市場シェアの水準は事案により異なるが、概ね 70% 以上をメルクマールとしているといえる(See, e.g., ABA, “Antitrust Law Developments 6th ed.”, 231-232 (2007), [hereinafter, ‘ABA 6th’]).

²⁴ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

²⁵ *Id.* at 811.

²⁶ 但し、裁判所は、独占力の存在した期間が短期間であるような場合は、シャーマン法が問題とする独占力に該当しないとの立場をとっている(See, e.g. *Deauville Corp. v. Federated Dep’t Stores*, 756 F.2d 1183, 1190-91 (5th Cir. 1985); see also, e.g., *Apex Oil Co. v. DiMauro*, 713 F. Supp. 587, 600-601 (S.D.N.Y. 1989)).

企業の独占化行為を規制するには独占力ないしは市場支配力の存在を認定することが必要であるが、その前提作業として「関連市場(relevant market)」の範囲を画定(definition)する必要がある²⁷²⁸。市場支配力の程度は主として市場シェアによって測定されるが、関連市場を広く捉えるほど一般に市場シェアは低くなり、市場支配力の存在が認定されない方向に作用するため、排除行為は適法なものとして容認されやすくなる(逆に、関連市場を狭く捉えるほど市場シェアは高くなり、市場支配力の存在を認定する方向に作用するため、排除行為は独占化行為として規制されやすくなる)。

このように、独占化行為規制においては市場シェアが重要な意味を持つ一方で、市場シェアは関連市場の画定方法により大きく異なってくる。よって、独占化行為事件は先決問題として関連市場の画定を巡って争われる。

1-2-1. 製品市場の画定

ここで、関連市場の画定には製品市場(product market)の画定と地理的市場(geographic market)の画定を必要とする。まず、製品市場の画定に関して、これまでの判例の基本的なアプローチは、評価指標として需要の交差弾力性(cross-elasticity of demand)²⁹に着目し、合理的互換性(reasonable interchangeability of use)³⁰を判断基準として製品市場の画定を行ってきたと言える³¹。すなわち、商品間の需要の交差弾力性が高い場合、これら商品は相互に価格競争しており、且つ、合理的に互換(乗り換え)可能であると評価できるため、これら商品を同一製品市場にあると判断するものである。逆に、需要の交差弾力性が低い場合はそれぞれ異なる製品市場にあると捉えるものである。

もともと、裁判所は事案の特殊性・個別性に応じて需要の交差弾力性以外の評価指標、

²⁷ 例えば、Walker Process Equip 事件連邦最高裁においては「市場を画定することなしに、被告企業の競争阻害能力や競争破壊能力を測定することはできない」と判示されており、関連市場の画定はシャーマン法 2 条事件において鍵となる要素である(See, e.g., Walker Process Equip., Inc. v. Food Mach. & Chem. Corp., 382 U.S. 172, 177 (1965))。

²⁸ また、関連市場の画定はシャーマン法 2 条(独占化行為規制)の適用問題に限らず、シャーマン法 1 条(Sherman Act Section 1, 15 U. S. C. : 取引制限行為規制)やクレイトン法 7 条(Clayton Act Section 7, 15 U. S. C. § 18 : 企業結合規制)の適用を巡って同様の意義と役割を持つ(See, ABA 6th, supra note 23, at 229)。

²⁹ 需要の交差弾力性とは、ある商品の価格を引き上げた場合、これに反応してどの程度他の商品に乘換えが生じるかについての評価尺度である。小さな価格引き上げ幅で商品間の移動が生じれば需要の交差弾力性は高いことになり、逆に、商品間の移動に大きな価格引き上げが必要であれば需要の交差弾力性は低いことになる(See, Herbert Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice 3rd ed.”, 103 (2005), [hereinafter, ‘Hovenkamp’])。

³⁰ 合理的互換性とは、合理的に互換(乗り換え)可能な商品群は一般に競合しており、故にこれらを同一の市場にあると捉える判断基準である(See, ABA 6th, supra note 23, at 228)。

³¹ Brown Shoe 事件連邦最高裁判決において、「製品市場の境界は、当該商品とその代替品との間における合理的な互換性、又は需要の交差弾力性で画定される」との概念が示された(See, Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962))。

たとえば価格³²、品質³³、形状³⁴等様々な観点から製品市場を画定することを試みている。しかし、これらも着目する評価指標は異なるものの、基本的には顧客(買い手)による商品の代替可能性の有無を巡って市場の境界を画するものと解されるので、判例は合理的互換性を判断基準として製品市場を画定する枠組みを支持してきたとすることができよう³⁵。

なお、需要の交差弾力性指標及び合理的互換性基準の誤った適用事例として批判されるのが前述の du Pont 事件連邦最高裁判決³⁶である(いわゆる「セロファンの誤謬(Cellophane Fallacy)」)。du Pont 社はセロファン市場で 75%のシェアを有しており、当局は違法な独占の維持行為を行っているとして企業分割を求めて提訴した。判決ではセロファンと他の包装材の関係について「もし、セロファンの価格の僅かな低下により、有意な数の顧客が他の包装材からセロファンに乗り換えたならば、両商品の間に高い需要の交差弾力性が存在する証拠であり、このことは両商品が同じ市場で競合している証拠である」との理解に基づき、セロファンと他の包装材を含めた市場を製品市場として認定した結果、du Pont 社のシェアは 20%程度と小さく見積もられ独占力を有しないとされた。

ここで、本判決における問題点は価格を「競争価格(competitive price)」ではなく「現在価格(current price)」で評価したことにある。セロファン市場で 75%のシェアを握る du Pont 社は市場支配力を反映した高価格(他の包装材に乘換えが生じないぎりぎりの価格)を設定しており、その現在価格を基準として値下げをすれば錯覚的に割安感が喚起され、顧客が他の包装材からセロファンに乗り換えるのは容易に想像できよう。逆に、現在価格から値上げをすれば潜在的であった割高感が顕在化し、顧客はセロファンから他の包装材に乗り換えるであろう。すなわち、市場支配力が反映された現在価格を基準として価格変更を行えば、商品間で顧客の移動が生起する(つまり、需要の交差弾力性が高い)のは当然の帰結といえる。よって、本件において現在価格を基準とした価格変更により乗り換えが生じる他の包装材まで含めて関連市場と画定するのは誤りであり、本来、市場支配的地位にならない競争価格を想定して、これを基準とした価格変更により商品間で乗り換えが生起するか

³² 例えば、Archer-Daniels-Midland 事件連邦控訴裁判決では、砂糖とコーンシロップの市場画定に関して、両者は用途と品質という機能的観点からは交換可能であるが、両者の価格差は 10~30%の開きがあるため需要の交差弾力性は高いといえず、砂糖とコーンシロップは同一の製品市場に無いと判断された(See, *United States v. Archer-Daniels-Midland Co.* 866 F.2d 242 (8th Cir. 1988))。

³³ 例えば、International Boxing Club 事件連邦最高裁判決で、最高裁はボクシングのタイトル戦とノンタイトル戦の市場画定に関して、タイトル戦の興行的価値(高額チケットによる集客力、高額なテレビ放映権など)の観点から、ノンタイトル戦はタイトル戦と合理的互換性を有しているといえず、両者の製品市場を異なるものと判示した(See, *International Boxing Club v. United States* 358 U.S. 242 (1959))。

³⁴ 例えば、Gillette 事件連邦地裁判決において裁判所は、万年筆の市場画定に関し、たとえ万年筆の価格が上昇したとしても他の筆記具に乗り換えず、また、万年筆だけを所望する顧客が存在したとしても、より多くの顧客層は万年筆から他の筆記具に乗り換えるとして万年筆市場単独の市場画定を否定し、万年筆とは形状の異なるシャープペンシルやボールペン等も含めて 40 ドル~400 ドルの価格帯を高級筆記具市場として画定した。本件は合併審査の事案であり、合併提訴の政府側は万年筆市場を製品市場として主張したが、裁判所は製品市場を高級筆記具に拡大して認定し、合併によっても価格支配力を有しないとして合併を容認した(See, *United States v. Gillette Co.*, 828 F. Supp. 78 (D.D.C. 1993))。

³⁵ See, ABA 6th, supra note 23, at 564.

³⁶ See, du Pont, supra note 14.

否かを評価すべきであろう³⁷。

他方、反トラスト当局が水平合併ガイドラインの中で提唱している市場画定方法が SSNIP テストである³⁸。これは、仮定の独占企業を想定し、この独占企業が「小さいが有意であり一時的ではない程度の価格引き上げ(Small but Significant and Nontransitory Increase in Price)」(通常は、引き上げ率 5%程度を想定。但し、対象産業の特性を考慮して引き上げ率は増減させる)³⁹⁴⁰を行った場合、その値上げによる利益を失わせるだけの数の顧客が他の商品(隣接商品)に乗り換えれば、その商品も関連市場に加え、さらに同様のテストを行った際に、隣接する商品へ乗り換えが生起すれば、この商品も関連市場に加えるというものである。このように隣接市場へのテストを繰り返して、隣接商品への乗換えが生じなくなった時点で関連市場が画定される⁴¹。

かつては、SSNIP テストが膨大なデータと複雑な分析を必要とすることからこれを非現実的方法と捉える見解⁴²があったが、情報技術の発達により経済データの入手・解析が比較的容易になった今日において、SSNIP テストが市場画定方法として広く採用されている状況が見受けられる⁴³。従来判例にみる市場画定方法は裁量の幅が大きいところに難点があったが、SSNIP テストはデータと計量分析に基づいて客観的な評価を与えるものであり、アプローチ手法として安定性・透明性・予見性に優れているといえるかもしれない。但し、引き上げ率について産業毎の特性を考慮するなど依然として裁量の余地が残る点には留意する必要があるだろう。

1-2-2. 地理的市場の画定

次に、地理的市場の画定に関して、地理的市場とは「売り手が影響を及ぼしつつも、買い手が供給先を切り替えることが実行可能であるような、有効な競争が行われる範囲」⁴⁴と理解される。ここで、「有効な競争が行われる範囲」をどのように捉えるかについては、需

³⁷ See, Richard A. Posner, “Antitrust Law 2nd ed.”, 150 (2001).

³⁸ See, U. S. Department of Justice & the Federal Trade Commission, ‘Horizontal Merger Guidelines’, § 4.1.1 (2010), [hereinafter, ‘2010 Merger Guidelines’].

³⁹ Id. § 4.1.2

⁴⁰ 1984 年水平合併ガイドラインでは、価格の引き上げ率を 5%程度、期間を 1 年程度としていたが、1992 年水平合併ガイドラインでは価格引き上げ率の 5%は維持されたものの、期間については「予見可能な将来(the foreseeable future)」とされ、さらに 2010 年水平合併ガイドラインでは期間に関する記述はなくなった。

⁴¹ なお、米国司法長官協会(the National Association of Attorneys General (NAAG)の水平合併ガイドライン(以下、「NAAG 合併ガイドライン」という)によれば、合併当事会社の商品を購入する顧客の 75%以上が同等商品を代替商品と認める場合に代替商品も製品市場に含めるとする(Nat’l Ass’n of Attorneys General, Horizontal Merger Guidelines § 3.1 (1993), [hereinafter, ‘NAAG Merger Guidelines’]).

⁴² See, e.g., J. Ordover & R. Willig, ‘The Dep’t of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment’, 71 Cal. L. Rev. 535, 559-563 (1983).

⁴³ See, e.g., United States v. Visa U.S.A., Inc., 163 F. Supp. 2d 322, 336 (S.D.N.Y. 2001); see also, e.g., United States v. Sungard Data Sys., Inc., 172 F. Supp. 2d 172, 182 (D.D.C. 2001).

⁴⁴ United States v. Philadelphia Nat’l Bank, 374 U.S. 321, 359 (1963), [hereinafter, ‘Philadelphia Nat’l Bank’]; see also, e.g., Baxley-DeLamar v. American Cemetery Assn., 938 F.2d 846, 850 (8th Cir. 1991).

要の交差弾力性⁴⁵を評価指標として、基本的には製品市場の画定と同様のアプローチがとられている。すなわち、異なる地域間において、ある商品の需要の交差弾力性が高い場合、地域横断的に需要の変動が生起し、需要増大を狙った競争が展開されていると評価できるため、これら地域をひとつの市場として捉えるものである。逆に、需要の交差弾力性が低い場合は、ある地域で商品の価格が上昇したとしても他の地域との間で需要の変動が生起せず、競争は不活性のままであり、当該地域は他の地域とは別個の市場を形成していると捉えることができる。よって、シャーマン法 2 条により規制すべき地理的市場とは「域外の供給者に顧客を奪われること無く、企業が価格を上昇させることができる地理的範囲」⁴⁶と云い得よう。

但し、需要の交差弾力性を直接的に測定することは通常は困難であるため、特定の地理的範囲を関連市場として判断するに際して様々な分析が試みられている。例えば、これまでに流通・購買実態⁴⁷、地域間価格連関性⁴⁸、政府規制⁴⁹等の観点から市場特性とその地理的範囲の分析がなされてきたが、とりわけ輸送コストに関する審査が重要視される⁵⁰。地域間の輸送コストが無視し得る程度に低い場合、競争上の地理的制約が無くなり、異なる地域であっても同一の市場として評価される。逆に、地域間の輸送コストが高い場合、それぞれの地域は別個の市場として評価される。

他方、水平合併ガイドラインにおいては、製品市場の画定方法と同様、SSNIP テストによって地理的市場を画定することが提唱されている⁵¹。ここでは、ある地域における仮想的独占企業が、当該地域において「小さいが有意であり、一時的ではない程度の価格引き上げ」を行ったときに、当該地域における顧客がこれに反応してどれだけ隣接地域に購買を切り替えるかを測定し、多くの顧客が隣接地域へと購買を切り替える場合は、この隣接地域も関連市場に含め、さらに同様のテストを繰り返し実行し、当該地域からの購買の切り

⁴⁵ 異なる 2 地域間における単一商品の需要の交差弾力性は、一方の地域における商品価格の変更により、もう一方の地域における製品の需要量がどれだけ変化するかで測定される(See, ABA 6th, *supra* note 23, at 597 n 268)。よって、一方の地域における小幅な価格変更により、もう一方の地域に需要の変動が生じたならば、需要の交差弾力性が高いと評価される。

⁴⁶ See, e.g., Hovenkamp, *supra* note 29, at 113-114.

⁴⁷ 例えば、Fox Theatres Mgmt 事件連邦控訴裁判決では、Lebanon 地区の映画の観客が基本的に当該地区にある映画館を利用することから地理的市場は Lebanon 地区とされた(See, *Houser v. Fox Theatres Mgmt. Corp.*, 845 F.2d 1225, 1230 & n10 (3d Cir. 1988))。

⁴⁸ 例えば、Tampa Electric 事件連邦最高裁判決では、原告であるフロリダの石炭供給業者が、フロリダ地域においてケンタッキーの石炭供給業者とも価格競争している事実から、最高裁は地理的市場の外縁をケンタッキーにまで拡張して認定し、フロリダの石炭供給業者の独占力を否定した(See, *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961))。

⁴⁹ 例えば、銀行の合併審査の事例であるが、Philadelphia Nat'l Bank 事件連邦最高裁判決は、行政規制、特に銀行の州際業務の規制等を重視して、フィラデルフィア市とその周辺地域に限定して市場を区分し、合併による市場シェア増大の懸念から合併を違法と認定した(See, *Philadelphia Nat'l Bank*, *supra* note 44, at 367 & n44 (1963))。

⁵⁰ 例えば、石炭採掘事業分野における合併審査の事案であるが、General Dynamics 事件連邦最高裁判決は、地理的市場について石炭の配送コストを決定付ける貨物運賃と輸送経路の観点から画定されるべきであるとした(See, *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486, 491 (1974))。

⁵¹ See, 2010 Merger Guidelines, *supra* note 38, § 4.2.1-4.2-2.

替えが生起しなくなったところで市場が画定される⁵²。近年は、製品市場の画定と同様、地理的市場の画定においても、SSNIP テストによる分析が裁判所で試みられている⁵³。

なお、製品市場および地理的市場の画定に際しては、需要の交差弾力性のみならず供給の交差弾力性も審査されるが、審査方法は需要の交差弾力性と同様の分析を供給側面から行うものであり、他の商品の供給者の参入や、域外からの供給者の参入の状況から市場が画定される。

このように、独占化行為規制の先決問題として関連市場を高い精度で画定するうえで、SSNIP テストのような客観性・安定性・予見性を具備した分析概念は有益であり、市場画定手法として製品市場・地理的市場ともに SSNIP テストが受容されつつある状況が認められる⁵⁴。

もっとも、2010 年水平合併ガイドラインでは「市場画定は不可欠な要素ではない」とされており⁵⁵、独占力の分析における市場画定の意義と位置付けに変化の兆しが見受けられ、この点については今後注視する必要がある。

1-3. 第二要件の認定基準の変遷

米国の裁判所は、企業が独占力を有することのみでシャーマン法 2 条に違反するとの立場をとっていない⁵⁶。独占力の存在は違法な独占化行為を認定するための一つの要件(第一要件)であって、この独占力を意識的に獲得し又は維持する行為の存在をもう一つの要件(第二要件)として要求している⁵⁷。また、独占力の行使に際して、その独占力を拡張したり保護するものでない限り、当該行為は「独占力の意識的な獲得又は維持」という要件を満たさないとしている。すなわち、適法に独占力を獲得した企業は、単にその独占力を行使したり、高い価格を付けることによってシャーマン法 2 条違反に問われるものではないとの立場がとられている⁵⁸。

⁵² Id. なお、NAAG 水平合併ガイドラインによれば、関連商品の供給量に対して合併当事会社の顧客の購入量が 75%を占める範囲まで地理的市場に含めるとする(See, NAAG Merger Guidelines, supra note 41, § 3.1.)。

⁵³ See, e.g., FTC v. Arch Coal, Inc., 329 F. Supp. 2d 109, 123 (D.D.C. 2004); see also, e.g., United States v. Country Lake Foods, 754 F. Supp. 669, 677-678 (D. Minn. 1990).

⁵⁴ もっとも、我が国では SSNIP テストは市場を画定する“基準”というよりは指標に止まり、正確性や信頼性について疑問視する立場がある(白石忠志『独占禁止法〔第二版〕』(有斐閣・2009 年)42 頁)。

⁵⁵ See, 2010 Merger Guidelines, supra note 38, § 4.

⁵⁶ 条文上、シャーマン法 2 条が規制するのは“monopolize(独占化行為)”であって“monopoly(独占状態)”ではない。

⁵⁷ Grinnell, supra note 3, at 570-571.

⁵⁸ この姿勢は、例えば Alcoa 事件連邦控訴裁判決において「競争に駆り立てられ、その後成功した競争者は彼が勝利者となったときにその成功を否定されてはならない」との記述からも読み取ることができる(See, United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (2nd Cir. 1945), [hereinafter, 'Alcoa']). また同様に、Grinnell 事件連邦最高裁判決は「優れた製品、ビジネスにおける明敏さ、歴史的事情の結果として発生または進化した」行為により独占力が獲得・維持された場合には、

では、市場において独占的地位を有する企業がその独占力を行使するに際して、行為の違法性を問われる基準は何か。これが以下で検討する内容である。

1-3-1. Standard Oil 基準

Grinnell 事件連邦最高裁判決より以前の初期の判例においては、同判決によって示された第二要件に相当する違法要件として、行為の「目的(purpose)・意図(intent)」によって違法性を判断する立場がとられていた。そのリーディング・ケースは Standard Oil 事件連邦最高裁判決⁵⁹であり、同判決において、被告企業による度重なる合併行為は「石油業界への支配力を維持する意図と目的を有するとの推定を与えるものである」⁶⁰として違法認定を行い、結合企業体の解体等を命じた(以下、この違法性判断アプローチを「Standard Oil 基準」という)。また、これと同時期の American Tobacco 事件連邦最高裁判決⁶¹においても行為の「目的・意図」という見地から違法認定を行う枠組みは支持され、被告企業の行為は「タバコ取引における独占を強化するための優位な地位を得るべく、企業結合という形で独占力を行使するという意図が存在することを推定させる」⁶²として、「不当な目的(wrongful purpose)と違法な企業結合(illegal combination)」⁶³を理由としてシャーマン法 2 条により結合企業体の解体等を命じた。

このように、この時期の独占化行為に対する違法性判断の枠組みは、被告企業において反競争的な(すなわち、独占力の獲得・維持・強化に向けた)「目的・意図」の存在を要件としつつ、被告企業の選択した行為の外形とその効果を証拠として、当該反競争的な「目的・意図」の存在を推定するアプローチが採られていたと言えよう⁶⁴。

1-3-2. Alcoa 基準

これに対し、1945 年の Alcoa 事件連邦控訴裁判決⁶⁵では、一般には競争促進的と評価される通常の事業活動であっても、独占力を有する企業がこれを行った場合にはシャーマン法 2 条に違反する独占化行為に該当し得るとの考えが示された。

L. Hand 判事によれば、ある企業が、卓越した技術(superior skill)・予見性(foresight)・勤勉性(industry)によって競争を勝ち抜き、その結果として独占がもたらされたならば、法

シャーマン法は当該独占力を非難するものではないことを述べている(See, Grinnell, *supra* note 3, at 571)。

⁵⁹ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911), [hereinafter, 'Standard Oil'].

⁶⁰ Id. at 75.

⁶¹ American Tobacco Co. v. United States, 221 U.S. 106 (1911).

⁶² Id. at 182.

⁶³ Id.

⁶⁴ See also, e.g., United States v. United States Steel Corp., 251 U.S. 417 (1920). なお、本件は被告企業に独占化の意図が無いと判断された。

⁶⁵ See, Alcoa, *supra* note 58.

はこれを非難するものではないとの見方⁶⁶を示す一方で、Alcoa 社の行為⁶⁷の多くは事業の発展に不必要なものであり、他社を排除してアルミ地金市場の支配を維持し続けることを目的とするものであるとの原告(当局)の主張を認容した⁶⁸。さらに、「独占企業は意識せず独占化行為を行うはずがない」との理解の下、Alcoa 社が一貫してアルミ地金市場を完全に排他的な形で維持し続けてきたことを捉えて Alcoa 社の行為は独占化行為に該当するとの厳格な認定を行った⁶⁹。

すなわち、Alcoa 事件連邦控訴裁判決は、行為それ自体としては通常の事業活動(例えば設備投資等)であったとしても、結果的に独占となることがあり、しかもその結果が回避可能であるにもかかわらず、企業の選好の結果として生じたものである場合には、独占化行為として違法認定を行うものであり⁷⁰、行為の結果として独占力の維持・強化がもたらされたならば、当該行為には反競争的な「目的・意図」が必然的に内在するとの理解から、反競争的な「目的・意図」の存在という違法要件は満たされ、違法が推定されるという判断構造を有している(以下、この違法性判断アプローチを「Alcoa 基準」という)。

同様に、Alcoa 事件連邦控訴裁判決以降の判決である Paramount Pictures 事件連邦最高裁判決でも、被告企業により「為されたことの必然の帰結として独占が生じたならば、『目的または意図』の必要条件は満たされる」⁷¹といった見方が示されており、行為の「目的・意図」について正当・不当を直接的に問うのではなく、行為の結果としてもたらされた独占的状态を根拠として反競争的な「目的・意図」を導くアプローチが採られている。

さらに、より厳格な見方として、Griffith 事件連邦最高裁判決では、被告企業が戦略的地位を獲得又は維持し、独占を拡張しようとししない限り、シャーマン法 2 条に抵触しないという一般論に対して、「これは常に正しいとは言えない」⁷²と論じ、「独占力は適法に獲得されたか違法に獲得されたかを問わず、たとえ行使されなくてもそれ自体弊害を生じさせるものであり、法 2 条のもとで非難に値する」⁷³といった見解も示された。

このように、Standard Oil 事件連邦最高裁では、反競争的な「目的・意図」の存在を度

⁶⁶ Id. at 430.

⁶⁷ 独占化行為として問題とされた行為は、需要を先取りした過剰な設備投資による新規参入の阻害行為、水力発電会社との排他的電力供給契約の締結、原材料のボーキサイトの買占め等である(Id. at 422-433)。

⁶⁸ Id. at 432.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Id. at 431. また、判決は「[反トラスト法の] 目的の一つは、産業組織を小さな単位に恒久化し維持し、相互に効果的に競争できるようにすること」と述べており、少数の独占の大企業が支配するのではなく、多数の小生産者が競争する社会を理想とする立場が示されている(Id. at 429)。平林教授はこの判旨が、富と経済力の分散を民主主義の前提としたジェファソニアン・デモクラシーの思想を反映しているとし、Alcoa 事件判決の 2 年後(1947 年)に制定された我が国の原始独占禁止法(とりわけ 1 条目的規定)は、その起草過程でカイク氏試案、司令部修正意見を經由することによりジェファソニアン・デモクラシーの思想を継受したと説く(平林英勝「論説 独占禁止法第 1 条の起草過程とその背景および意義 ―非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立―」筑波ロー・ジャーナル創刊号(2007 年)63~64 頁)。

⁷¹ See, *United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 173 (1948).

⁷² See, *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 106 (1948).

⁷³ Id. at 107.

重なる合併という間接証拠から立証することにより違法を推定するアプローチが採られていたが、Alcoa 事件連邦控訴裁判決では、独占企業の選好の結果として独占力の維持・強化がもたらされたならば、独占企業の行為には反競争的な「目的・意図」が必然的に内在し違法が推定されるとのアプローチへと変遷し、さらに Griffith 事件連邦最高裁判決では、独占力の存在ないし独占的状态それ自体を違法視する極めて厳格な規制法理が形成されるに至る状況がうかがえる。

1-3-3. Grinnell 基準

独占企業に対して厳格な規制法理の転舵が試みられたのが、1966 年の Grinnell 事件連邦最高裁判決⁷⁴である。本判決において独占化の違法要件として①「独占力の保有(the possession of monopoly power)」と②「独占力の意識的な獲得又は維持(the willful acquisition or maintenance of monopoly power)」という二つの要件が提示され、被告企業がこれら二つの要件を満たす場合にシャーマン法 2 条に違反するとの立場が示された⁷⁵。本件では、被告企業による度重なる関連企業の合併は、競合他社の排除と価格維持を狙った意識的な独占力の獲得行為であるとしてこれを違法とする一方で⁷⁶、一般論として「優れた製品や、ビジネスの明敏さ、或いは歴史的偶然」によって独占力が獲得・維持されることは許容されるとの立場が示された⁷⁷(以下、この違法性判断アプローチを「Grinnell 基準」といい、①を第 1 要件、②を第 2 要件という)。

この Grinnell 事件連邦最高裁判決の影響を受け、例えば Berkey Photo 事件連邦控訴裁判決⁷⁸は、Alcoa 基準が違法視した独占企業の設備投資に関して「適法に独占的地位を獲得した企業は大規模で効率的な工場等の設備投資によって規模の経済性を利用することを制限されない」⁷⁹として独占企業の積極的な事業活動に対して寛容な立場を示すと共に、Kodak 社が競争者に新製品規格の事前開示を拒絶したことに関して、「もし研究開発のリスクと出費を覚悟した企業が努力の成果を競争者に分け与えることを求められるならば、企業の研究開発意欲は大きく損なわれる」⁸⁰として Kodak 社の新製品規格の事前開示義務を否定し、独占企業の競争者に対する対抗行動に理解を示した。

また、IBM 社の低価格戦略の妥当性を巡って争われた IBM 事件連邦控訴裁判決⁸¹では、独占化の違法要件を Grinnell 基準に準拠しつつ、「IBM 社の技術革新が、優れた製品とこれによる成長をもたらしたのであり、IBM 社の市場支配的地位は、ビジネスの優秀さを通

⁷⁴ See, Grinnell, supra note 3.

⁷⁵ Id. at 570-71.

⁷⁶ Id. at 576 n7.

⁷⁷ Id. at 571.

⁷⁸ Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2d Cir.1979), [hereinafter, 'Berkey Photo'].

⁷⁹ Id. at 274.

⁸⁰ Id. at 281.

⁸¹ California Computer Products, Inc. v. International Business Machines Corp., 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979).

じて築かれたものである」⁸²と認定し、IBM 社の価格戦略は市場における低価格競争に対する対抗行動であり略奪的な価格政策ではないとの判断を行った。

このように、Grinnell 基準の第 2 要件に関して、優れた製品ないしはビジネスの優秀さを根拠に独占企業の行為の正当性を導くアプローチが試みられ、独占企業の単独行為を違法とする基準は、Alcoa 基準が適用された時期に比べて緩和されたと見ることができる。

なお、Grinnell 事件連邦最高裁判決は、米国判例法上、独占化の違法要件を妥当な形で提示していると理解される一方で、第 2 要件に含まれる「意識性」の主旨・文言については「非常に抽象的であり現実の事件の審査に際して役に立たない」⁸³との批判もなされており、違法要件として現実の事件に適用するには表現が概括的・観念的であるが故に限界も指摘される⁸⁴。

1-3-4. 行為の類型化による識別

Grinnell 事件連邦最高裁判決以降、市場支配的企業の単独行為が違法とされるのは例外的状況に限られるとの理解が一般的となる中で、市場支配的企業による取引拒絶を違法と認定した連邦最高裁判決が現れた。Aspen 事件連邦最高裁判決⁸⁵である。

同判決は、Grinnell 基準の第 2 要件(とりわけ、「意識的に(willful)」に含意される主旨)に関し、独占企業の排除行為を認定することによって、反競争的な意図の存在は推認されたとの立場を採るものであり、市場支配的企業である Aspen Skiing 社による取引拒絶を違法と判断するに際して、「独占企業は意識せず独占化行為を行うはずがない」との Alcoa 事件連邦控訴裁判決や、「違法な排除(効率性の結果ではない排除)は常に意図的に行われる」との Bork の説示を引用し、排除行為の中に反競争的な「目的・意図」を読み込みつつ、長期的に市場を支配することと引き換えに短期的な利益を犠牲にする Aspen Skiing 社の行為は排除行為に該当するとしてシャーマン法 2 条違反を認定した⁸⁶⁸⁷。

⁸² Id. at 742.

⁸³ See, ABA 6th, supra note 23, at 242. なお、Areeda 教授は、Grinnell 基準において「意識的(willful)」や「歴史的偶然性(historical accident)」といった語句の意味・解釈が不確定であるが故に役に立たないばかりか誤解を招くと批判する(See, Phillip E. Areeda, et al., “Antitrust Law III 2nd ed.”, ¶ 615b, 617)。

⁸⁴ 米国法曹協会(ABA)による反トラスト判例の体系書である“Antitrust Law Developments”の第 5 版(2002 年)は独占化行為に関して Grinnell 事件連邦最高裁判決の趣旨を基調として構成されていたのに対し、第 6 版(2007 年)では Trinko 事件連邦最高裁判決を基軸に据えて独占化行為が再構成されている。独占化の違法要件を提示した Grinnell 事件連邦最高裁判決の意義は認めつつも判決内容の抽象度に関して批判がなされており、この間の米国における独占化行為に対する考え方の変化を捉える上で興味深い構成変更といえよう。

⁸⁵ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985), [hereinafter, ‘Aspen’].

⁸⁶ 後に Trinko 事件連邦最高裁判決(Trinko, supra note 12)は Aspen 事件連邦最高裁判決に関して再解釈を行い、独占化行為の限界事例として位置付けた。

⁸⁷ なお、市場支配的企業の単独行為が違法とされるのは例外的状況に限られるとの見方が一般的となる中で、同判決に対して批判的見解も示されている(See, e.g., Dennis W. Carlton, ‘A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal –Why Aspen and Kodak are Misguided’, 68 Antitrust L.J. 659 (2001))。

このような判例の状況を経て、近時の裁判所は、競争者を倒す意図や独占的地位を目指す意図に関する直接的な証拠が存在したとしても、「反競争的な行為」を伴わない限り「独占力の意識的な獲得又は維持」の要件を満たさないとの立場をとっている⁸⁸(なお、本稿以下では「反競争的な行為」という用語の用法に関し、「能率競争(competition on the merits)」に合致しない行為であって、米国シャーマン法 2 条(EU においては EU 機能条約 102 条、我が国においては独禁法 3 条前段および 19 条)に反する行為をいう)。すなわち、利益やシェアを増大させたいという動機は一般に適法であり、たとえ企業に独占力があつたとしても、また、たとえその行為が競争者にとって不利であつたとしても、直ちにこれを不当であるとはしない⁸⁹。

これに対して、利益やシェアの増大が、初期的に損失を生じさせたり、競争者を市場から追い出すことにより事後的に損失を補填するならば、その動機は不当であり、その行為は反競争的であるとされる⁹⁰。

もっとも、この見地に立つ場合、反競争的な行為をどのように識別するかが重要な問題となる。適法な競争行為も違法な排除行為も競争者を市場から退出させるという面においては同様の結果をもたらすため、行為の帰結として競争者が市場から排除されることをもって必然的に当該行為を略奪的ないし反競争的として批判すべきではない⁹¹。

社会厚生を高める単独行為(競争行為)と社会厚生を損なう単独行為(反競争的行為)を識別する問題は反トラスト法における「最も悩ましい問題(the most vexing questions)」⁹²として位置付けられてきたが、今日、裁判所は過去の判例について単独行為の「類型化」を行い、類型化された単独行為の競争促進効果と反競争効果を分析・予見しつつ、現在、提訴されている実際の事案について単独行為の性質が何れの類型に属するか、また当該行為がもたらす事案固有の競争促進効果と反競争効果を総合的に考慮し違法性を判断することを試みている。

よって、次節に示す A)～F)の単独行為の各類型とこれに対する審査アプローチは、排除行為の違法性を検討するうえで、今日の米国裁判所が到達した分析枠組みといえよう(なお、A)～F)の分類は ABA(American Bar Association)の体系書による分類を参照した⁹³)。

第 2 節 排除行為規制の今日的状況(単独行為の類型化アプローチ)

A) 単独・間接の取引拒絶(Vertical Restrictions Limiting Competitor Access to Market or

⁸⁸ See, ABA 6th, supra note 23, at 243.

⁸⁹ See, ABA 5th, supra note 6, at 247-249.

⁹⁰ Id. at 249.

⁹¹ See, ABA 6th, supra note 23, at 241.

⁹² Id.

⁹³ Id. at 245.

Supplies)

他者を介在させて取引を拒絶する行為、とりわけ、不忠実顧客に対する取引拒絶(refusal to deal with disloyal customers or suppliers)⁹⁴、排他的取引(exclusive dealing)⁹⁵、抱き合わせ(tying)⁹⁶、ロイヤルティ値引き(loyalty discount)⁹⁷、および一括購入価格(bundled pricing)⁹⁸といった取引形態を通じて、市場支配的企業が顧客(競争者とも取引関係のある顧客)との取引関係を強化し、同時に、競争者と顧客との取引関係が損なわれるような影響を及ぼし、競争者を不当に排除する場合に当該行為を違法とする。

B) 単独・直接の取引拒絶(Denials of Rivals' Requests for Access)

複数企業が協調して取引を拒絶する行為⁹⁹は、専らシャーマン法 1 条の適用問題として違

⁹⁴ 例えば、Lorain Journal 事件連邦最高裁判決では、地域で唯一の新聞社が広告掲載に関して、競合する地域ラジオ局に広告を申し出た場合、当該顧客(ここでいう不忠実顧客)の広告掲載を拒絶するとの方針を示し、ラジオ局と顧客との取引を不当に排除したことが違法とされた(See, Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951))。

⁹⁵ 「排他的取引」とは、買い手が製品やサービスを一定期間、特定の供給業者から調達する取引形態である。例えば、United Shoe Machinery 事件連邦地裁判決では、製靴機械市場における支配的企業が、顧客企業に対して製靴機械を 10 年間リース購入することを条件とした排他的取引が、新規参入を妨げ競争を排除したとして違法とされた(See, United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953))。

一方で、この排他的取引形態を市場シェアの大きい企業が行う場合、スケールメリットによる取引コストの低減や、製造設備への積極投資といった競争促進的な効果も期待できるため、裁判所は排他的取引の正当化事由を勘案した上で適法な行為としての認定も行っている(See, e.g., Barr Labs. v. Abbott Labs., 978 F.2d 98, 111 (3rd Cir. 1992); see also, e.g., Ryko Mfg. Co. v. Eden Servs., 823 F.2d 1215, 1235 n.17 (8th Cir. 1987))。

⁹⁶ 「抱き合わせ」とは、顧客が購入を希望する商品(主たる商品)を売り手が販売する際に、それとは別個の商品(従たる商品)も併せて販売することを条件とする取引である。例えば、複写機の補修サービス市場において、顧客は購入した複写機に”lock in”された状況にあり、複写機に適合した部品と補修サービスの購入を余儀なくされる。この状況において補修サービス(主たる商品)と部品(従たる商品)とを抱き合わせて販売することはシャーマン法 1 条に違反するとともに、抱き合わせによる排他的効果(独立系補修サービス会社への部品の供給拒絶)はシャーマン法 2 条違反を構成するとした(See, Kodak, supra note 22)。

⁹⁷ 例えば、大量購入を促すボリュームディスカウントや、優良顧客への利益還元の意味でのボリュームディスカウントは支持されるべきロイヤルティ値引きの形態である(See, e.g., Advo, Inc. v. Philadelphia Newspapers, 51 F.3d 1191 (3rd Cir. 1995))。

これに対し、例えば、ロイヤルティ値引きがコスト割れを生ずるような設定であり、事後的に生じた損失を埋め合わせるような狙いがある場合には略奪価格として違法を構成する(See, e.g., Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993), [hereinafter, ‘Brooke Group’])。

⁹⁸ 一括購入価格はロイヤルティ値引きの一形態であるとされる。ロイヤルティ値引きが特定の(単一の)製品・サービスを購入する際にボリュームディスカウントとして設定される価格戦略であるのに対し、一括購入価格は、複数の製品・サービスを一括して購入する場合に適用される価格戦略である。複数の製品を有する企業が一括購入価格を顧客に提示した場合、単一製品しか持たない企業は、たとえ経営が効率的であったとしても、また品質が優れていたとしても通常これに対抗できないため、一括購入価格は違法な競争手段とみなされる。例えば、SmithKline 事件連邦地裁判決で裁判所は、大手製薬会社がある抗生物質の販売競争において異なる二種類の抗生物質も併せて一括購入価格を設定し、当該種類の抗生物質しかもたない企業を排除したことをシャーマン法 2 条違反とした(See, SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co., 427 F. Supp. 1089 (E.D. Pa. 1976))。

⁹⁹ 例えば、新規参入の拒絶、既存の取引関係の解消、協同(共同)組合による新規会員の拒絶と既存会員の排除、および協会による製品・サービスに対する認可・保証の拒絶等の行為は、共同ボイコット(group boycott)や共同の取引拒絶(concerted refusal to deal)としてシャーマン法 1 条違反審査の射程範囲にある(See, ABA 6th, supra note 23, at 105)。

法性が判断される¹⁰⁰。これに対して、企業が単独で競争者との取引を直接的に拒絶することは、シャーマン法 2 条の適用問題として審査されるが、取引先選択の自由の観点から単独・直接の取引拒絶は通常は合法であるとされており¹⁰¹、取引を拒絶することの不当性を裏付ける例外的状況が存在する場合にのみ、単独・直接の取引拒絶は独占化行為として規制される。また、単独・直接の取引拒絶事件は、事案における多様な状況を総合判断する形で行われており、単独・直接の取引拒絶の違法審査においては未だ確定的な判断基準は見出せていない。

なお、取引拒絶における固有の規制法理として、産業を構成する企業が共通して必要とするインフラ要素へのアクセス拒絶に対して画一的な要件の下で違法性判断を行う、いわゆる「不可欠施設の法理(Essential Facilities Doctrine)」¹⁰²がある。これはインフラ要素を専有する市場支配的企業と競争者との客観的状況から、市場支配的企業によるアクセス拒絶の違法性を判断するものであり下級審レベルでは適用されている規制法理であるが、最高裁は未だこれを採用していない¹⁰³。

単独・直接の取引拒絶が通常は正当な競争行為であるならば、正当な競争行為としての取引拒絶を違法と認定してしまう誤り(積極過誤(false positive))を可能な限り抑える配慮が必要である。また、誤った違法認定により市場支配的企業に取引義務を課すことは、協調行為と類似の効果を市場にもたらし、非効率な競争者を存続させ、反トラスト法が追求すべき競争状態を損なう危険を伴う。このような認識のもと、近時、産業技術が高度化・ネットワーク化しアクセス拒絶事件の提訴が相次ぐ中においても、米国裁判所は市場支配的企業による単独・直接の取引拒絶の違法認定に慎重な立場をとっている¹⁰⁴。

¹⁰⁰ 従来の判例では複数企業の協調行為としての取引拒絶をシャーマン法 1 条により原則的に当然違法とする立場がとられていた(See, e.g., *Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States* 234 U.S. 600 (1914))。しかし、最近の判例では事案に応じて合理の原則により違法性を判断する立場がとられている。これは共同ボイコットや共同の取引拒絶が、場合によっては経済上の正当性を有することを考慮する必要があるためである。例えば、*Pacific Stationery & Printing* 事件は文房具の共同仕入組合が、小売と卸の兼営を禁止した同組合規約に違反した会員企業を除名し取引を拒絶した事案であるが、同事件の連邦最高裁判決では、同組合は共同購入により経済効率を高めるメリットを有しており、同組合が規約に従って違反企業を除名したことは反競争的意図・効果を示すものではないとし、また、同組合が市場支配力を有しているか、或いは排他行為が競争に影響を及ぼすことを原告企業が示さない限り、合理の原則が適用されるとの立場が示された(See, *Pacific Stationery & Printing Co. v. Northwest Wholesale Stationers*, 472 U.S. 284 (1985))。

¹⁰¹ かつて *Colgate* 事件連邦最高裁判決は、独占を形成し維持するものでない限り、シャーマン法は私人間の取引を制限するものではなく、私人は誰と取引するかといった取引条件を自由に定めることができなければならないとの立場を示した(See, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919))。

¹⁰² *MCI* 事件連邦控訴裁判決で定立された規制法理であり、以下の 4 条件を満たす場合に当該アクセス拒絶をシャーマン法 2 条違反とする。すなわち、①競争者の活動に不可欠の施設を市場支配的企業が専有している、②それと同等の施設を新設することは不可能に近い、③競争者が利用することを支配的企業が拒絶している、④支配的企業が競争者と取引することが実行可能である(See, *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel.*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1983))。

¹⁰³ 近時の *Trinko* 事件判決においても、連邦最高裁は独占企業による単独一方的取引拒絶に対して *Essential Facilities Doctrine* を適用することの必要性を否定した(See, *Trinko*, *supra* note 12, at 410-411)。

¹⁰⁴ 例えば、*Metronet Serfs* 事件連邦控訴裁判決では、地域ビジネス電話サービス市場で 95% のシェアを有する支配的事業者が価格プランを変更したことにより、再販業者の事業活動(電話回線の低価格販売)

C) 製品設計および新製品開発(Product Design and New Product Introduction)

技術革新の進捗が高い事業環境下において、企業は新しい技術要素を付加価値として、新製品を投入し、あるいは既存製品の規格を変更すること等により自社に有利な戦略を展開している。よって技術革新は市場における競争を活発化・活性化させる役割を担っており、反トラスト法は技術革新の意義と重要性を最大限尊重する立場をとる¹⁰⁵。

一方、市場支配的企業による新製品の開発や既存製品の規格変更といった行為が反トラスト法上の問題を提起する場合がある。例えば、支配的企業が新製品を投入したり既存製品の規格を変更するに際して、支配的企業の既存製品と互換性を有する製品や接続可能な製品を競争者が製造・販売している状況にある場合、支配的企業が新製品に関する情報を事前に開示することの必要性が問題となる¹⁰⁶。この局面において、支配的企業による新製品情報の事前開示の拒絶は、取引拒絶と同等の効果をもたらすため、シャーマン法 2 条違反該当性を巡って争われる。

しかしながら、裁判所は支配的企業に開示義務を課すことに慎重な姿勢を示しているように思われる¹⁰⁷。これは、支配的企業によって新製品が投入された時点から、競争者がこれに競合する製品を投入するまでのリードタイムが、支配的企業にとって独占利益を享受できる期間となるが、このリードタイムの存在こそが支配的企業に技術革新を促すインセンティブとなるものであり、開示義務を課すことによってインセンティブが失われ、技術革新への意欲が削がれることがあってはならないと解しているためと考えられる¹⁰⁸。

D) 略奪的価格設定(Predatory Pricing)

不当に低い価格により競争者を市場から排除する行為は、「略奪的価格」としてシャーマン法 2 条、クレイトン法 2 条修正のロビンソン・パットマン法¹⁰⁹、および連邦取引委員会法 5 条¹¹⁰により規制すべき反競争的行為の一類型として承認されている。裁判所は *Cargill*

が困難になったことがシャーマン法 2 条に違反するか否かが争われたが、裁判所は支配的事業者の行為は短期的利益を犠牲にした不合理なものではないとして違法性を否定した(*Metronet Serfs. Corp. v. U S West Communications*, 383 F.3d 1124 (9th Cir. 2004))。また、*Covad* 事件連邦控訴裁判決では、ADSL 通信市場における支配的事業者がサービス業者にコロケーションの提供を拒絶したことに対し、支配的事業者による取引拒絶は 1996 年通信法に基づくものであるとして違法性を否定した(See, *Covad*, *supra* note 10)。

¹⁰⁵ *Trinko* 事件判決において連邦最高裁は、イノベーションを促すインセンティブを確保する必要性があることに鑑みて、反競争的行為を伴わない独占力の保有は違法ではないとの立場を示した(See, *Trinko*, *supra* note 12, at 407)。

¹⁰⁶ See, *Berkey Photo*, *supra* note 78.

¹⁰⁷ この類型における代表的判例である *Berkey Photo* 事件連邦控訴裁判決においては、支配的企業に開示義務を課していない(See, *Berkey Photo*, *supra* note 78)。

¹⁰⁸ *Trinko* 事件連邦最高裁判決において、単に独占力を保有することと独占価格を設定することは、それ自体違法ではないだけでなく、自由市場システムにおける重要な要素であるとし、少なくとも一定の短期間、独占価格を設定できる機会が存在することは、企業がイノベーションや経済成長を生み出すリスクを負う上で必要であるとの見方を示した(See, *Trinko*, *supra* note 12, at 407)。

¹⁰⁹ Clayton Act § 2, as amended by Robinson-Patman Act, 15 U. S. C. § 13.

¹¹⁰ Federal Trade Commission Act § 5 (a)(1), 15 U. S. C. § 45 (a)(1).

事件判決¹¹¹において、略奪的価格を「短期的には競争者の排除を、長期的には競争の減殺を目的とした、適正費用を下回る価格」と定義した¹¹²。

一方、ビジネス機会を増大させることを目的とした低価格戦略は競争の本質であり、誤った違法認定により競争を萎縮させることは回避せねばならない。しかし、競争促進的な低価格戦略と反競争的な略奪的価格設定を識別することは極めて困難な作業であり、たとえ慎重な判断を行ったとしても誤認の可能性を完全に排除することはできない。この観点に立った場合、米国の裁判所は略奪的価格を見逃す危険よりも、略奪的価格ではない適法な低価格戦略を誤って規制してしまう危険のほうを重視していると思われる¹¹³。裁判所は略奪的価格の違法認定に慎重であり、このことは、**Brooke Group** 事件連邦最高裁判決¹¹⁴において、略奪的価格の要件として 1) 被告の価格が「適切に算定された基準コスト(an appropriate measure of cost)」を下回る価格(コスト割れ価格)であること、2) コスト割れ価格による損失を埋め合わせる「危険な蓋然性」もしくは「合理的可能性」が存在すること、の二つを立証することを原告側に課したことからも伺える¹¹⁵。

また、**Brooke Group** 事件連邦最高裁判決によれば、略奪的価格事件においては、まず第一に「適切に算定された基準コスト」の同定とこれに対する価格の設定水準が問題となる。この点に関して、客観的で競争促進的な判断基準を追求したのが **Areeda & Turner** 両教授であり、基準コストと価格設定に関して以下のルールを提唱した¹¹⁶。すなわち、

- i : 平均総費用以上の価格設定は適法とみなす。
- ii : 平均変動費用以下の価格設定は、独占的地位にある企業の側で正当化理由を主張しない限り違法とみなす。
- iii : 平均総費用以下、平均変動費用以上の価格設定は、原告の側で競争阻害効果を主張しない限り適法と推定する。

この **Areeda & Turner** ルールに対しては批判も含めて様々な議論が展開されているが¹¹⁷、

¹¹¹ *Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

¹¹² *Id.* at 117.

¹¹³ その理由として、米国の司法制度には懲罰的な三倍額賠償制度があり、略奪的価格の訴えを裁判所が安易に認めた場合、相当程度の萎縮効果をもたらすと考えられ、企業が本来適法な販売行為にまで消極的になってしまうことを回避する必要があるからとの見方がある(滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策〔第3版〕』(青林書院・2006年)280～281頁)。

¹¹⁴ *Brooke Group*, *supra* note 97.

¹¹⁵ *Id.* at 222, 224.

¹¹⁶ Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, 'Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act', 88 Harv. L. Rev. 697 (1975). なお、ここで、「固定費用(生産量によって変動しない費用)」と「変動費用(生産量によって変動する費用)」の総和が「総費用」であり、「平均総費用」とは総費用を生産量で除した一単位当たりの総費用である。また、「平均変動費用」とは変動費用の総和を生産量で除した一単位当たりの変動費用である。平均変動費用に近い概念として「限界費用」があり、これは生産量を一単位増加するのに必要な費用である(参照 越智保見『日米欧独占禁止法』(商事法務・2005年)519～520頁)。なお、限界費用の算定は通常極めて困難なので、**Areeda & Turner** ルールは限界費用の代わりに平均変動費用を適用すべきであるとする。

¹¹⁷ 例えば、Posner は、短期限界費用を下回る価格設定を略奪的とする **Areeda & Turner** ルールに同意しつつも、一般に、利子や減価償却費等の間接諸経費が短期限界費用には含まれないが長期限界費用には含まれることを重視し、長期的戦略の下では長期限界費用を下回る価格設定により同等に効率的な競争者が排除される可能性があることを考慮して、コスト基準を長期限界費用とすべきであるとする(Richard A.

価格設定の違法性判断基準としては、この Areeda & Turner ルールの考え方を基礎としたアプローチが広く採用されているといえる。

次に、Brooke Group 事件連邦最高裁判決が示した第二の要件として「埋め合わせ (recoupment)」の蓋然性の存在が問題となる。支配的企業が不当に低い価格により市場から競争者を排除し、その後、価格を引き上げて高価格水準を維持し、以前の損失を埋め合わせることが合理的に予見しうる場合にのみ、略奪的価格としての違法要件を満たすとされる¹¹⁸。しかし、この違法要件を原告側が立証することは非常に困難であると評価されており¹¹⁹、廉売価格が略奪的価格として違法認定される状況は限定されよう。米国裁判所は市場における価格競争に介入することに極めて慎重であるといえる。

E) 価格圧搾(Price Squeezes)

部分的に垂直統合された企業(例えば原料調達部門を内部化した製造会社)が、半製品(原料や部品)を競争者に高い価格で供給する一方で、半製品供給価格よりも低い価格で完成品を市場で販売する場合、競争者の完成品価格は垂直統合企業の完成品価格に対抗できる競争力を持ち得ない。また同様に、小売市場と卸売市場の両方で販売を手掛ける企業が、小売市場で卸売価格以下の小売価格を設定する場合も、小売市場における競争者はこれに対抗できない。

このように、川上市場における価格支配力を梃子にして、川下市場における競争者のコスト(原材料コストや仕入コスト)を増大させ、或いは川下市場で競争者が対抗できない小売価格を設定することにより、川下市場から競争者を排除ないしは競争者の参入阻止を企図する行為は、価格圧搾(Price Squeeze)と称される独占化行為の一類型である¹²⁰。

Posner, “Antitrust Law: An Economic Perspective”, 184-96 (1976))。

他方、Baumol は、効率的配分や長期的な消費者厚生を最大化を図るうえで、コストを基準とした Areeda & Turner ルールは適さないと批判しつつ、支配的企業は、以下二つの条件の下において、新規参入に直面しても、自由に価格を引き下げることができるとした。すなわち、①かかる価格引下げにより、新規参入者が退出した場合、その後数年以内に価格を引き上げてはならない。②もし支配的企業が、かかる期間内に価格を引き上げる場合、正当化理由の立証責任を負う。このルールは支配的企業に、「半永久的価格引下げ(Quasi-Permanent Price Reduction)」を覚悟させるものであり、コスト割れ販売それ自体が制裁として機能するため、略奪的価格設定を自主的に回避し、ルールの執行費用が抑えられる。また、支配的企業の価格設定の自由度が保証され需要変化への柔軟な対応が可能になるとともに、半永久的な低価格がもたらされる消費者にも利益があることを長所として掲げる(William J. Baumol, ‘Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing’, 89 Yale L.J. 1, 2-3 (1979))。

¹¹⁸ この見方は、Matsushita 事件連邦最高裁判決(Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588-589 (1986))で示されたものであり、本件で略奪的価格の違法要件として採用されることが確認された。

¹¹⁹ Matsushita 事件連邦最高裁判決と Brooke Group 事件連邦最高裁判決はともに原告が「埋め合わせ」の立証に成功していないとして被告企業の略奪的価格の違法認定を否定した。なお、Brooke Group 事件連邦最高裁判決において、原告の訴えは理論および証拠の質・量ともに優れたものであり、これを上回る証拠の提出は不可能に近いとの見方がある(See, Kenneth L. Glazer, ‘Predatory Pricing and Beyond: Life After Brooke Group’, 62 Antitrust L.J. 606 (1994))。

¹²⁰ 価格圧搾が成立するには以下の 3 条件を満たす必要があるとされる。すなわち、①川上市場の支配的企業が川下でも営業している。②競争者は川下市場のみで営業しており、かつ川上市場における支配的企

もっとも、裁判所が市場における公正な価格を取り決めるのは、略奪価格の場合と同様、一般に困難であり、どのような価格設定行為が価格圧搾に該当するのか明確な基準は見出せていない¹²¹。また、供給される財・サービスが競争者にとって不可欠な投入要素である場合、価格圧搾は取引拒絶と同様の効果を及ぼし得るものとなり、取引拒絶の観点(「取引先選択の自由」や「不可欠施設の法理」)からも検討が必要となる¹²²。

価格圧搾が市場における自然な作用として現れ、消費者に低価格をもたらす側面をも有することに鑑みて¹²³、米国裁判所は価格圧搾を当然には違法視しておらず、価格圧搾の違法認定を慎重かつ限定的に捉える立場をとっている¹²⁴。

F) 標準化設定の濫用(misuse of standards-setting processes)

例えば、支配的企業が単独で政府機関等に自社に有利な規制の制定・改廃を働きかける行為や、私的認証機関に自社に有利な業界標準の制定・改廃を働きかける行為は標準化設定の濫用としてシャーマン法 2 条上の問題を生起する。前者の場合、例えばロビー活動がこれに該当するが、米国では立法過程に働きかけることは、それが「見せかけ(sham)」で無い限り「表現の自由」の観点から憲法上保障される適法な行為とされるが¹²⁵、「見せかけ」である場合にはシャーマン法 2 条上問題となる¹²⁶。他方、後者に関しては、例えば自社の

業の顧客である(供給を受けている)。③川上・川下統合企業である支配的企業の競争者への供給価格が高すぎるか、或いは川下市場での販売価格が低すぎるために、川下市場のみで営業する競争者は利益を上げることができず営業を継続できない(See, *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F.2d 17, 18 (1st Cir. 1990), [hereinafter, 'Town of Concord'])).

¹²¹ See, *Town of Concord*, supra note 120, at 25. なお、客観的事実が、卸売価格(供給価格)≥小売価格(完成品価格)である場合に価格圧搾として捉える立場を示したものがある(See, *City of Anaheim v. Southern Cal. Edison Co.*, 955 F.2d 1373, 1378 (9th Cir. 1992), [hereinafter, 'City of Anaheim'])).

¹²² See, *City of Anaheim*, supra note 121, at 1379-1380. 本件では卸売電力の価格圧搾と供給拒絶が問題となり、投入要素(電力供給)が競争者にとって不可欠な要素であるか、「不可欠施設の法理」の観点からも審査がなされたが、「不可欠とまでは言えない」として違法性が否定された。

¹²³ See, *Town of Concord*, supra note 120, at 23-25.

¹²⁴ *Linkline* 事件連邦最高裁判決で、最高裁は、取引義務を有していない事業者が自由に価格を設定する行為は制限されるべきではなく、川上事業者が川下事業者に対して取引する義務が課されていない以上、川下事業者に対して有利な条件で取引する義務は無く、どのような価格設定をしても許されるとの判断を行った(See, *Pacific Bell Telephone Co v. Linkline Communications, Inc.*, 129 S. Ct. 1109, 1119(2009)). 従って、価格圧搾の事案は先決問題として川上事業者の川下事業者に対する取引拒絶の違法性判断が必要となる。

¹²⁵ *Noerr* 事件連邦最高裁判決(*Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127 (1961))で示された、いわゆる”Noerr Doctrine”である。本件は、トラック業者である Noerr 社が、競争関係にある鉄道業者の共同団体である鉄道連合会(*Eastern Railroad Presidents Conference*)を提訴した事案である。重量貨物の長距離輸送を行っている鉄道業界がトラック業界との競争にさらされる事態に至って、鉄道連合会が規制法の制定を求めて州知事に働きかけ、また、公共キャンペーンを行ったこと等により、トラック業界に不利な立法が制定されることとなったと主張し、鉄道業者が共謀によってトラック業者を排除するために立法過程に働きかけた行為はシャーマン法 1 条に違反すると主張した。これに対し、連邦最高裁は、ロビー活動は憲法上表現の自由の行使として保護される行為であり、立法過程に働きかけることは、それが同業者による集団的な行為であってもシャーマン法 1 条に違反するものではないと判示した。但し、立法過程に働きかけることが「見せかけ(sham)」である場合には反トラスト法の適用の余地があるとした(sham exception)。本件のような行為を単独企業が行った場合にはシャーマン法 2 条の適用問題となる。

¹²⁶ 例えば、*Columbia Pictures* 事件連邦最高裁判決では、行政手続や訴訟手続において、請求内容に根拠

有する技術や特許が業界標準となるよう認証機関に働きかけること等が想定される。この場合、業界内で規格の標準化が為されることにより、様々なメリット(商品開発やマーケティングコストの低減、仕様・品質の保証、製品間の接続自由度の向上、競合商品の比較が容易になる等)¹²⁷が生ずるとともに、これらメリットが競争促進的な作用を及ぼすと期待できるため、標準化設定行為は必ずしも違法な行為ではない。しかし、自社保有の特許を秘匿して業界標準化を働きかけ、採用後に特許権の行使に及ぶ等の濫用行為については違法性が問われる¹²⁸。

このように、Grinnell 事件連邦最高裁判決は、「独占力」の存在と「独占力の意識的な獲得又は維持」をシャーマン法 2 条の要件として提示したところに判例法上の意義を見出せるが、とりわけ「独占力の意識的な獲得又は維持」に関して、その概括的・観念的な表現が実際の法運用に際して限界として認識されたため、現在は単独行為を類型化し、個別に行為の違法性を審査するアプローチが採られている。この審査アプローチは、競争者を倒す意図や独占化を目指す意図が存在したとしても、反競争的な行為を伴わない限り違法とはせず、また、独占力の行使それ自体を必ずしも違法な行為とは捉えず、イノベーションや経済成長を促す重要な要素としての側面をも併せ持つものとして理解している。この点に関して、例えば、20 世紀初頭の Standard Oil 事件連邦最高裁判決において反競争的な「目的・意図」の存在を度重なる合併という間接証拠から立証することにより違法を推定したアプローチや、20 世紀中葉の Alcoa 事件連邦控訴裁判決において独占企業の選好の結果として独占力の維持・強化がもたらされたならば、独占企業の行為には必然的に反競争的な「目的・意図」が内在するとの見方から違法を推定したアプローチに比べると、独占企業に対する違法審査はかなりの程度緩和されたと評価されよう。

また、上記 A から F の各行為類型は略奪的価格設定を除いて未だ明確な違法性判断基準が確立されておらず、各行為類型に対する審査アプローチは積極過誤を回避する観点から違法認定に対して極めて慎重であると言える。よって、米国における排除行為規制(単独行為規制)の執行状況は現在のところ非常に限定的なものであると解されよう。

《小括》

以上、米国の独占化要件論の構成要素・形成過程を整理・検討するとともに、独占化行為規制を行為類型毎に個別に審査・判断している現在の状況を分析した。

が無い場合や競争者の妨害を意図したものである場合には「見せかけ」行為としてシャーマン法 2 条違反になると判示した(See, Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries, 508 U.S. 49, 60-61 (1993))。

¹²⁷ See, Rambus, Inc. v. Infineon Techs., 330 F. Supp. 2d 679, 696 & n. 26 (E.D. Va. 2004), [hereinafter, 'Rambus'].

¹²⁸ See, e.g., Rambus, supra note 127; see also, e.g., Dell Computer Corp., 121 F.T.C. 616 (1996).

ここでは、独占化行為規制を独占企業に限定していること、および独占力の認定に際してはSSNIPテストという客観的で透明性のあるスクリーニング手法が確立されつつあることから、第一要件の認定基準の枠組みは定まりつつあると評価できよう。

これに対し、第二要件の認定基準、すなわち第一要件によって独占企業であると認定された企業の排他行為が、如何なる場合に違法となるのかについては、行為類型毎に個別的な審査アプローチを図るとの道筋は示されているものの、行為の違法・適法を識別する基準については未だ明示的に示されていない。また、そのような状況の中で、独占企業の排他行為に対する裁判所の違法認定は極めて慎重であり、過去の判例との比較においては寛容でさえある。

本稿が主として扱う「単独・直接の取引拒絶」は、取引先選択の自由の観点から通常は合法であり、これに対する規制は例外的・限定的である。他方、「単独・直接の取引拒絶」という排他行為は、独占企業が独占力を有する市場、および独占力を有する市場と関連付けられる周辺市場において、その独占力を拡大するための中心的道具ないし手段として機能するため、シャーマン法 2 条違反行為の中核を成す行為類型であると言い得る(例えば、先に概観した A から F の各行為類型のうち、A と D を除く B、C、E、F の行為類型は何らかの形で「単独・直接の取引拒絶」という要素を内在させている¹²⁹⁾。

よって、「単独・直接の取引拒絶」に対する規制が例外的・限定的であることは、「単独・直接の取引拒絶」を中核要素として内包する独占化行為全般についてこれを規制することに慎重であることと大きく関連していると思われる。そして、この意味において「単独・直接の取引拒絶」規制の在り方に関する分析・検討は、シャーマン法 2 条および米国反トラスト法の執行・運用状況を再評価し、今後の方向性を探索する上でも重要な意義と役割を担い得るものと思料される。

以上の認識のもと、次章以下では、米国における独占化行為の中核問題でもある「単独・直接の取引拒絶」に焦点を絞り、その判例法理について多面的な分析を試みることにしたい。

¹²⁹ 行為類型 B はすなわち「単独・直接の取引拒絶」に他ならず、行為類型 C では新製品情報の事前開示拒否が「単独・直接の取引拒絶」に相当し、行為類型 E の価格圧搾は川下市場の競争者にとって“逆ざや”となる価格設定行為が「単独・直接の取引拒絶」と同等の効果を持つものと評価され、行為類型 F では標準化設定後の濫用行為に「単独・直接の取引拒絶」が含まれると見ることができよう。

第2章 米国における単独・直接の取引拒絶規制法理の展開

米国において、取引拒絶が複数の事業者によって行なわれる場合、当該共同の取引拒絶はシャーマン法 1 条により当然違法が予定される¹。また、独占企業が他社を介して間接的に取引拒絶を行う場合、或いは、独占企業が単独で不当な条件を付しつつ当該条件を遵守しないことを理由に取引拒絶を行う場合、当該単独の取引拒絶は反競争的な人為性を伴う行為であることからシャーマン法 2 条に違反するとされる²。

他方、これらとは異なり、独占企業が単独でその自由な意思に基づき相手方との取引を直接的に拒絶する場合、シャーマン法 2 条の適用可能性が審査されるが、当該行為は基本的には「取引先選択の自由」の行使であって原則的に適法な行為である³。また、当該行為が「独占化に向けた行為」である場合には例外的にシャーマン法 2 条に違反する行為として規制に服すが⁴、当該行為がいかなる場合に「独占化に向けた行為」と評価し得るのかについては現在の米国において未だ明確な判断基準が確立されていない⁵。

単独・直接の取引拒絶を規制することに対しては、原則的に適法な行為を過剰に規制してしまう懸念が指摘され⁶、また、当該行為の違法性を判断する局面において、短期的には競争が活発化して消費者利益が改善することが期待される一方で、長期的にはイノベーション創出に向けたインセンティブが減少して消費者利益が害されることが憂慮されるため、当該行為を規制することに米国裁判所や当局は概して慎重であり⁷、このことは、単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準の探索と確立が喫緊の課題でありつつも同時に困難なテーマであることを意味していよう。

従って、本章以下では、なお論ずる余地が多く残されている単独・直接の取引拒絶について米国反トラスト法がどのような規制法理を展開してきたのか分析・検討する。具体的

¹ See, e.g., *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

² See, e.g., *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951), [hereinafter, 'Lorain Journal'].

³ See, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), [hereinafter, 'Colgate'].

⁴ *Id.*

⁵ 2008 年 9 月に公表された「競争と独占：シャーマン法 2 条における単独行為」と題する米国司法省のレポートでは、単独・直接の取引拒絶についてこれを規制することに消極的立場が示されており、また、現在に至るまで明確な規制基準を定立するに至っていない(See, U.S. Department of Justice, 'Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act', [hereinafter, 'U.S.D.O.J. Report § 2']).

⁶ See, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 414 (2004), [hereinafter, 'Trinko'].

⁷ *Id.* at 407-408; see also, e.g., U.S.D.O.J. Report § 2, *supra* note 5, at 123.

には、単独・直接の取引拒絶事件における裁判所の審査・判断の状況を時系列に沿って考察するものであり、それぞれの時期に生じた事件における裁判所の判断を分析することを通じて、当該単独・直接の取引拒絶に内在する問題点を認識するとともに、判例法として形成された違法性判断の理論的枠組み等について検討を試みる。

なお、本章では取引拒絶固有の法理論と評される EF 理論が登場する以前の 1970 年代初頭までを検討の対象とする。

第 1 節 シャーマン法制定以前およびシャーマン法黎明期における取引拒絶に対する法的評価⁸

1943 年の Associated Press 事件地裁判決⁹において、Learned Hand 判事は、シャーマン法が取引拒絶を違法視する法的根拠をコモン・ローに求める立場を示している。すなわち、i) コモン・ローは公共の利益(public interest)と密接に関わる事業に取引義務を課しており、ii) 議会はコモン・ローの変化した基準(the changing standards of common law)をシャーマン法に組み入れた。iii) また、歴史的にこの基準は、行為によりもたらされる結果が公的に重要であると評価される場合にのみ適用されるものであるが、iv) Associated Press 社はニュースの提供サービスを他社が代替不可能な形で営んでおり、また、その事業は可能な限り多種多様な情報源から得られる情報を普及させるという最も重要な普遍的利益の一つ(one of the most vital of all general interests)であることに鑑みて、Associated Press 社の取引拒絶を違法認定し取引義務を課している¹⁰。

上記 Associated Press 事件は次章で検討する「不可欠施設の法理(Essential Facilities Doctrine)」(以下、「EF 理論」という)の形成過程を探索する上で重要な判決であるが、本節との関連では取引拒絶の違法性判断基準の基底にコモン・ローの考え方が反映されていることを示唆している点においても重要な判決である。

シャーマン法が制定される以前(1890 年以前)においても、取引拒絶という経済活動上の排除行為は生起していたはずであり、裁判所は当該拒絶行為の正当・不当を裁定していたはずである。よって、取引拒絶に伴い生起する法的問題に対して当時の裁判所がどのように対処したかを確認することは、米国が判例法体系をとり、先例拘束性を有することに鑑みれば、シャーマン法制定以降の違法性判断基準を検討する上で有益であると思われる。

⁸ 本節で検討するシャーマン法制定以前の時期における濫用行為(取引拒絶を含む)の規制状況については、谷原教授(谷原修身『独占禁止法の史的展開論』(信山社・1997 年))および大久保教授(大久保直樹「事業法および反トラスト法の歴史研究がもつ現代的意義(一)(二)(三・完)」法学協会雑誌(2004 年)121 巻 10 号 1607 頁以下、121 巻 11 号 1926 頁以下、121 巻 12 号 2075 頁以下)が詳細に研究されており、本節では両教授の研究成果を基礎としつつ、必要な範囲で筆者の考察を加えて分析・検討を展開する。

⁹ United States v. Associated Press, 52 F. Supp. 362 (S.D.N.Y. 1943), [hereinafter, 'Associated Press S.D.N.Y'].

¹⁰ Id. at 370-373. また、この違法構成は連邦最高裁においても Frankfurter 判事により支持されている(See, United States v. Associated Press, 326 U.S. 1 (1945), [hereinafter, 'Associated Press']).

1-1. 取引拒絶に対するコモン・ローの法理

上記 *Associated Press* 事件地裁判決において、*Hand* 判事はコモン・ローが公共の利益と密接に関わる事業(者)に対して取引義務を課していると述べている¹¹。コモン・ロー¹²の基本的な考え方は、私人による営業もしくは取引の自由を推定するものであり、この自由は国家もしくは公共の利益のために例外的に認められている制限によつてのみ縮小され得るというものである¹³。すなわち、コモン・ローは「営業の自由」ないし「取引の自由」を保障しつつ「公共の利益」を基礎としてこれら個人の自由に制限を加える余地を残していると評価される¹⁴¹⁵。もっとも、コモン・ローは本質的に私人間の紛争を解決することに主眼を置いた性質を有するものであり、「公共の利益」といった公的な基準を適用することを基本的に嫌っていると考えられ¹⁶、米国裁判所もこの法理の拡張的な運用には反対の立場をとってきたと解するのが一般的であるとされる¹⁷。

よつて、取引拒絶をコモン・ローにより評価する場合、原則的には「営業の自由」ないし「取引の自由」によりその行為は肯定される。ただし、その例外として「公共の利益」に抵触する場合にのみ取引拒絶は制限されると理解されよう。また、この見方は、*Associated Press* 事件地裁判決で *Hand* 判事が示した「歴史的にこの基準(シャーマン法に組み込まれたコモン・ローの基準)は、行為によりもたらされる結果が公的に重要であると評価される場合にのみ適用される」¹⁸との見解に整合的であると思われる。

¹¹ See, *Associated Press* S.D.N.Y, supra note 9, at 373.

¹² コモン・ローは英国の慣習法であり、9世紀のヘンリー2世(Henly II)による裁判制度の構築にその法体系の起源が求められるが、英国の植民地として出発した米国において、英国の法制度の影響を強く受けたことは否定し難く、シャーマン法制定以前の米国の競争および独占に関する考え方が英国のコモン・ローの影響を直接的に受けたであろうことは容易に推測されるところの立場がある(谷原・前掲注8, 3~7頁, 61~63頁)。

これに対し、米国が英国の植民地であった時代は、母法である英国法は厳格な意味での先例拘束性の原理が成立する以前であり、英国法の継受は「アメリカの事情に適合するかぎり」という条件つきでなされてきたと捉える立場がある(木下毅『アメリカ法入門・総論』(有斐閣・2000年)169~170頁)。

¹³ 参照 谷原・前掲注8, 55頁。

¹⁴ なお、「営業の自由」は契約当事者が相互に拘束されることなく自己の自由な意思に基づいて行動し得る場合に存すると解されるため「契約の自由」の上に成り立つものと評され、コモン・ローはこれら「営業の自由」と「契約の自由」をともに支持するものである(谷原・前掲注8, 51~52頁)。他方、取引制限的契約(例えば、一手販売や競業避止の約定)は「営業の自由」に基づいて発展してきた契約形態であるが、このような「契約の自由」を無制限に認めるならば、自己の営業権を放棄する契約を締結する自由も認めざるを得ないため、コモン・ローは伝統的にこれを公共の利益に反するものとして規制してきた(染物屋事件・後掲注15参照)。故に、社会政策上、「営業の自由」は「契約の自由」に優先すると解することも場合によっては可能であろう(谷原・前掲注8, 52~56頁)。

¹⁵ 先例となった事件は1414年の染物屋事件(*Case of John Dyer*)とされる。本件はホーム・タウンにおいて6ヶ月間染物業を営むことを停止する契約を結んだ者が約定違反で訴えられたものである。裁判所は、この種の契約は職人から職業を奪う効果を有し公序に違反するという理由でコモン・ローに反するとの立場を示した(谷原・前掲注8, 57頁)。

¹⁶ See, Herbert Hovenkamp, 'The Sherman Act and the Classical Theory of Competition', 74 *Iowa L. Rev.* 1026 (1989).

¹⁷ 参照 谷原・前掲注8, 56~57頁。

¹⁸ See, *Associated Press* S.D.N.Y, supra note 9, at 373.

1－2．公益事業者に関する概念整理と規制体系¹⁹

取引拒絶に関するコモン・ローの「原則」と「例外」に関して、その「例外」部分を積極的に解釈すれば、『公共の利益』に資する事業を営む者は取引義務を課される」と言い得ることになる。ここで、『公共の利益』に資する事業者」とはどのように観念されるのであろうか。

シャーマン法制定以前においては、鉄道会社²⁰や橋梁建設・運用会社²¹といったいわゆるコモン・キャリアーと称される事業者が『公共の利益』に資する事業者」として観念されており、判例はコモン・キャリアーに対して「正当な理由がある場合を除き、すべての相手と合理的かつ非差別的な対価で取引しなくてはならない」との通念を適用していた²²。

また、**public business**(公益事業)のメルクマールに関する学説においては、「州または連邦政府が何らかの特別扱いをしている場合に当該事業活動は **public business** である」と定義されており、以下に示す4つの類型に該当する事業者が『公共の利益』に資する事業者」として想定されていた²³（この場合、コモン・キャリアーは **public business** に内包される概念であり、以下、『公共の利益』に資する事業者」を「公益事業者」という）。

- ①：その事業活動を行うことが、権利として認められたものではなく、州から特権またはフランチャイズを与えられて行われる種類のものである。
- ②：州が公の見地から、その事業活動について税制面などで特別な優遇措置を講じている。
- ③：その事業活動を遂行するにあたって公の財産や公の権利を利用することが認められている。
- ④：社会全体に広く利益がもたらされることに鑑み、排他的な特権が与えられている。

当時、裁判所が公益事業者に対して取引を強制するために用いた代表的手段は、マンデイマス(**mandamus**)とインジャンクション(**injunction**)である。マンデイマスはコモン・ロー上の救済手段であり、「職務執行令状」として公益事業者に対して義務の履行を命じるものである²⁴。一方、インジャンクションはエクイティ上の救済手段であり、公益事業者に限

¹⁹ シャーマン法制定以前の公益分野における排他的事業活動に対する判例法理の分析・研究として、大久保・前掲注8, 121巻10号1607頁以下、121巻11号1926頁以下、121巻12号2075頁以下参照。

²⁰ See, e.g., *infra* note 29.

²¹ See, e.g., *Canada Southern Ry. Co. v. International Bridge Co.*, 8 F. 190 (D.C.N.Y. 1881).

²² 参照 大久保・前掲注8, 121巻10号1623頁。

²³ ここでは、Thomas M. Cooley が提示した4つの類型に基づく **public business** の定義を参照する（参照 大久保・前掲注8, 121巻11号1930頁）。

²⁴ ‘**mandamus**’とは「法律上ある公的職務を行う義務を負っている者がその職務を行わないときに、その履行を命じる令状」であり「各種行政機関に対してのほか、上級の裁判所から下級の裁判所に対しても」発給される命令と解される（田中英夫 編『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）538頁）。

らず事業者一般に対して特定履行や差止めを強制するものである²⁵。両者はコモン・ローとエクイティという異なる法源を基礎とするものであるが²⁶、取引義務の履行を命じるという権能においては同等の役割を担っていたと評し得る。

以下では、シャーマン法や事業法が制定される以前、事業者の活動が原則的に「営業の自由」ないし「取引の自由」により広く保障されていた時期において、例外的に裁判所がコモン・ロー(マンデイマス)ないしエクイティ(インジャンクション)によって公益事業者に対しては取引義務を課していた状況を確認するとともに、裁判所が取引義務の履行を命じる際に取引条件等へ介入することをどのように捉えていたか検討する。とりわけ、後者の検討に関しては、今日の反トラスト法が単独・直接の取引拒絶規制に慎重であることの理由として説明される「裁判所が取引条件に介入することの困難さ」²⁷の歴史的深淵を探る上で重要と思われる。

1-3. 公益事業者による単独・直接の取引拒絶に対する規制手法²⁸

マンデイマスにより取引義務の履行が命令された事案としては、例えば 1861 年の *Hartford & New Haven R.R.* 事件²⁹がある。本件は鉄道会社が被告となった事案であるが、競合との接続点を放棄した被告に対して、裁判所が接続点への運行を再開するようマンデイマスを発令したものである。判決では詳細な取引条件に立ち入ることなく、「運行を再開すること」³⁰という履行命令を裁判所は発令している³¹。

他方、インジャンクションにより取引義務の履行が命令された事案としては、例えば 1881 年の *Texas Express* 事件³²や、*Southern Express* 事件³³がある。前者の事案は、原告速達

²⁵ ‘injunction’とは「被告に一定の行為を為すことを禁じたり、すでに生じた違法状態の排除のために一定の行為の作為を命じる裁判所の命令」と解される(田中・前掲注 24, 448 頁)。

²⁶ もっとも、「エクイティはあらゆる点でコモン・ローの体系を前提」としており、コモン・ローとエクイティの関係を「法典と補遺の関係、本文と注釈の関係として捉えるべきである」との見方に象徴されるように両者は補完的である(メイトランド『エクイティ』(有斐閣・1991 年)163 頁)。また、このことは「補充性の原則」として説明される(木下・前掲注 12, 188 頁)。

²⁷ *Trinko* 事件連邦最高裁判決において同様の説明がなされている(See, *Trinko*, supra note 6, at 415)。

²⁸ ここで検討する事例は拒絶の相手方が競争者ではない事例も含み、公益事業者による「単独・直接の取引拒絶」および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」に対する当時の規制手法を広く概観する。

²⁹ *State v. Hartford & New Haven R.R. Co.*, 29 Conn. 538 (1861), [hereinafter, ‘Hartford’]。

³⁰ See, *Hartford*, supra note 29, at 547.

³¹ なお、時期的にはシャーマン法制定後であるが、電話線敷設にかかる資材運搬を拒絶された電信電話会社が、鉄道会社を訴えた事案において、被告鉄道会社が本件は原告と被告の間の契約の問題であり、契約の締結強制は裁判所の権限を越えると主張したのに対し、判決は「裁判所は、当事者間の契約を定めることではなく、キャリアーとしての義務を履行するよう命じることを求められている」としてマンデイマスにより取引を命令した。また、判決は「被告は、相当の対価をもらってかまわない」としつつも取引条件を仔細に規定することはしなかった(参照 大久保・前掲注 8, 121 巻 10 号 1625~1627 頁(See originally, *Cumberland Telephone & Telegraph Co. v. Morgan’s Louisiana & Texas R.R. Co.*, 51 La. Ann. 29 (1899)))。

³² *Texas Express Co. v. Texas & Pacific Ry. Co.*, 6 F. 426 (C.C.N.D. Tex. 1881), [hereinafter, ‘Texas Express’]。

³³ *Southern Express Co. v. Memphis, etc. R. Co.*, 8 F. 799 (C.C.E.D. Ark. 1881), [hereinafter, ‘Southern Express’]。

便運送会社が被告鉄道会社の運賃について、テキサス州法に規定された運賃で非差別的に適用されるよう裁判所にインジャンクションを求めたものである。裁判所は原告の主張するテキサス州法の規定は速達貨物の運賃を定めたものではないとしつつ「対価以外の点については、原告が要求するとおり暫定的インジャンクションを発令する。対価は、当事者が合理的かつ非差別的なものとして合意した額とする。合意できない場合には、当事者に裁判所へ申し立てをさせ、争点を考慮したうえで合理的な対価を裁判所が決めることとする」と判示した³⁴。本件は、具体的な対価の設定をまずは当事者に委ね、当事者間で合意が成立しない場合には裁判所が定めるとしている。

また、後者の事案も速達便運送会社が原告となって、被告鉄道会社に対して合理的・非差別的価格での取引を求めて裁判所へインジャンクションを申し立てた事案である。裁判所は「被告は原告と合理的な対価で取引しなければならず、差別してはならない。エクイティ裁判所は、この法理の遵守を強制する権限を持つ」「速達貨物運賃の上限を定めることは当面は不可能である。しかし、裁判所が調査検討に基づいて上限を定める権限を持つことは間違いない。上限を定める命令は、マスター(master)³⁵を任命して事実審理を行わせ、その報告を待って発令する」と判示した³⁶。本件は、当面の間は非差別的価格での取引を命令しておき、具体的な上限については別途マスターの審理により定めるとしている。前者の事案と異なり、マスターという補佐人を介して対価の上限を決定することとしており、裁判所が最終的な対価の決定権限を有することは維持しつつも、対価の決定プロセスに直接的には介入しない姿勢を示している。

このように、上記の事案においては、裁判所が積極的にマンデイマスやインジャンクションを発令することにより取引義務を課していた状況がうかがえるが、同時に、**Southern Express** 事件判決のように、裁判所が即時的ないし直接的に対価を決定することを回避していた状況も認められる。

この点に関し、連邦最高裁は **Memphis** 事件判決³⁷において、対価設定等の取引条件は本来的には当事者間で決定すべきものであり、裁判所は当事者間の取引関係を調整しつつも取引条件の決定に介入すべきではないとの立場を示した。同判決によれば、「裁判所が取引を命令するということになると、当事者が自分たちで決めるべき契約内容を裁判所が定めなければならない(中略)。そして、利用対価の支払い時期および方法を考え、どのようにして支払いを担保させるかを考え、対価の算定方法も考えなければならない(中略)。こうした事柄の規律は、裁判所の権限に属さず議会の権限に属する(中略)。義務付けることができるのは議会であり、議会が義務付けた場合には、必要であれば裁判所によって執行されるだろう」と説示し³⁸、取引の対価等を定めることは、ある事柄を規律する法律を作るのと同じ

³⁴ *Texas Express*, supra note 32, at 437.

³⁵ 裁判官に代わって裁判官の職務を行う補助裁判官(See, Federal Rules of Civil Procedure, R 53).

³⁶ *Southern Express*, supra note 33, at 803.

³⁷ *Memphis & L.R.R. Co. v. Southern Express Co.*, 117 U.S. 1 (1886).

³⁸ *Id.* at 27-29.

であるから、これを裁判所が行うのは合衆国憲法が規定する三権分立に反するというものであり、取引条件の決定に介入すべきではないとする根拠を三権分立への抵触に求めている³⁹。

或いは、取引条件の決定に関しては「合理的かどうかの判断には専門的な知識・経験が必要であり、裁判所がこれを行うのは難しい」⁴⁰として事業法監督機関による判断を裁判所の判断に優先させる考え方がある⁴¹。例えば、1887年に制定された州際通商法⁴²は、鉄道事業者を規律する目的で制定され、監督機関として州際通商委員会(Interstate Commerce Commission：以下、「ICC」という)を設置したものであるが、同法においては裁判所に強制力の担保的機能を委ねつつ⁴³、監督機関であるICCに一定の権限を認めていた⁴⁴。

このように、上記判例によれば、シャーマン法が制定される以前において、少なくともコモン・キャリアー等の公益事業者に対しては、当時の裁判所はコモン・ローやエクイティといった既存の法体系を基礎とした取引義務の存在を手掛りとしつつ、マンデイマスやインジャンクションを発令することにより、主体的に公益事業者による「単独・直接の取引拒絶」および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」を規制していたと推察される。

また、前記 Southern Express 事件判決や Memphis 事件判決に見られるように、既にこの当時、裁判所が直接的に取引条件へ介入することは不適切であるとの認識も示されており、今日における「裁判所が取引条件に介入することの困難さ」と同様の問題を内包していたことが読み取れる。そしてこの問題に対しては、マスターを補助的・並行的に活用すること、若しくは議会における立法で解決を図ること、或いは事業法監督機関に権限を付与すること等で裁判所の能力的限界を克服することが企図されており、今日の規制手法を考える上で示唆的である。

1-4. 私益事業者による単独・直接の取引拒絶に対する通念⁴⁵

³⁹ なお、本件の争点は個別の契約上の権利・義務が消滅しているにもかかわらず、鉄道会社は速達便会社に対して取引義務を負うか否かである。判決は、公益事業者である鉄道会社が旅客および荷主に対してコモン・ロー上の取引義務を負うことについては論を別にして認めている(Id)。

⁴⁰ See, Great Northern Ry. Co. v. Merchants' Elevator Co. 259 U.S. 285 (1922).

⁴¹ いわゆる、プライマリー・ジュリスディクション(primary jurisdiction)理論であり、ある紛争についての第一次的判断権限を監督機関に与え、裁判所がその判断を尊重ないし自らの判断に置き換えるものである(参照 根岸哲『規制産業の経済法的研究第I巻』(成文堂・1986年)130頁)。

⁴² Interstate Commerce Act of 1887. 同法は米国における事業法として最も早い時期に制定された法律であり、その後に制定された各種事業法のモデルになったとされる(参照 木下毅『アメリカ公法』(有斐閣・1993年)234頁)。

⁴³ 同法の規定によれば、ICCの命令はそのままでは強制力がなく、強制力を発揮するには連邦巡回裁判所へ訴訟を提起しインジャンクションを発令する必要がある、ICCの報告内容は、当該訴訟における「一応の証拠」とされるに止まっていた(16条)。

⁴⁴ 同法は鉄道事業者に合理的な対価での取引を義務付け(1条)、同種の取引について不当に差別的対価を設定することを禁止し(2条)、ICCは自らの権限に基づいて又は他者からの要請に基づいてこれら義務違反を審査・報告し是正を命じる権限を与えられていた(13条・15条)。

⁴⁵ ここで検討する事例は拒絶の相手方が競争者ではない事例も含み、私益事業者による「単独・直接の取引拒絶」および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」に対する当時の通念を広く概観する。

‘public business(公益事業)’の反対概念として‘private business(私益事業)’が観念される⁴⁶。コモン・ローによれば、私人による営業もしくは取引の自由は保護に値すべき利益であり、私益事業者の事業活動はその自由を保障される。また、シャーマン法制定以前、私益事業に関しては「私益事業者は単独であれば理由や状況を問わず取引拒絶をしてもかまわず、取引するにせよどのような対価を設定してもかまわない」という通念が存在したとされ⁴⁷、このことは当時の判例からも確認できる。

例えば Hunt 事件⁴⁸は、蒸気船の船長等が原告となり、保険の引き受けを拒絶した保険会社を訴えた事案であるが、判決は「各私人が他の私人と取引をする権利、または取引を拒絶する権利を持っていることは明らかであり、公的な性格故に取引および契約締結義務を負うとされている場合を除き、取引を拒絶されたからといって訴えが認められると考える者はいない」として保険会社の取引義務を否定した⁴⁹。判旨は私人による取引自由の原則が社会一般に広く妥当した通念であることを示唆している。

また Norwich City Gas 事件⁵⁰は、被告ガス会社の供給義務を巡って争われた事案であるが、判決は「ガスの製造販売は、それを行っている者の意思に従って行われ、或いは停止される事業活動である。ガス事業者と需要者との関係は、当事者間の契約から発生するものであり、各当事者の権利義務は、契約に書かれていることによって規律され、一方当事者は自らの意思に従ってその商品役務を受け取らないことができるのであるから、他方当事者も自らの意思に従ってその商品役務を供給しないことができる。他の商品役務の供給者が法律によって負わされている以上の義務や責任を、ガス事業者に負わせる理由は見出せない」としてガス会社の供給義務を否定した⁵¹。

このように、シャーマン法制定以前の時期において、公益事業者に対しては取引義務を課す一方で、私益事業者に対しては無制限の取引自由を認める通念が存在していたことがうかがえる。

他方、19 世紀後半から私益事業者によるトラスト(trust)⁵²等が深刻な社会的弊害⁵³をもた

⁴⁶ ここでは、「公益事業」ではない通常の事業活動を「私益事業」と観念し、私益事業に携わる事業者を「私益事業者」ということとする。

⁴⁷ James May, ‘Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918, 50 Ohio St. L.J. 258 (1989); Alan J. Meese, Liberty and Antitrust in the Formative Era, 79 B.U.L. Rev. 1 (1999).

⁴⁸ Hunt v. Simonds, 19 Mo. 583 (1854).

⁴⁹ 本件で被告となったのは複数の保険会社であり、事案の実態は共同の取引拒絶であった。今日では共同の取引拒絶はシャーマン法 1 条により規制される悪性の強い行為類型であるが、判決は本件拒絶行為が積極的な共同行為ではなかったこと、および会社個々に認められる取引自由権を基礎として共同取引拒絶を容認した。

⁵⁰ Mccune v. Norwich City Gas Co., 30 Conn. 521 (1862).

⁵¹ 今日の産業分類においてガス会社は公益事業者の典型であるが、19 世紀中葉当時は通常の事業活動を行う事業者と目されており、例外の無い取引自由が認められていた。例えば Paterson Gas Light 事件判決において、製造業を行う会社が取引自由を認められているのと同様、ガス会社もガスを製造・販売するか否かの自由を有すると説示している(See, Paterson Gas Light Co. v. Brady, 27 N.J.L. 245 (1858)).

⁵² ‘trust’の定義に関しては一様ではない。例えば「競争を制限する結合」と捉える見方、「商品の生産もしくは分配において、その商品の供給が自身に有利になるように価格を修正することが可能となる十分な

らずに至り、従来の公益事業ないし私益事業という二分論的規制体系では社会厚生を維持できない状況が生じたといえる。なぜなら、たとえトラスト等が社会的弊害をもたらす行為をしたとしても、行為主体が公益事業者でない限りこれを規制する法的根拠が存在せず、私益事業者として取引自由が妥当してしまうからである。

このような局面において、私益事業者を従来の公益事業者に対するコモン・ロー上の規制法理で規制する動き⁵⁴が試みられた一方で、新たな立法の制定に向けた動きが試みられた。すなわち、ジャーナリズムによるトラスト批判⁵⁵であり、農民組織によるグレンジャー運動⁵⁶であり、連邦議会によるシャーマン法の制定である⁵⁷。

支配力を保有する産業組織のすべての形態」と解する見方、「ビジネスを独占化し、取引に干渉し、価格を決定するなどの意図、支配力、もしくは傾向を有すると信じられるすべての行為、協定、もしくは結合」とする見方等がある(参照 谷原・前掲注 8, 117～118 頁)。

⁵³ その典型例が Standard Oil 社による濫用行為である。Standard Oil 社は企業結合により石油精製会社 36 社の持ち株会社機構(trust)を形成し独占的地位を得るとともに、地域的ダンピング、鉄道会社との特約による差別的特惠的運賃リベートの収受、スパイの使用、略奪的行為、威嚇行為等を行った(See, Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911), [hereinafter, 'Standard Oil']).

⁵⁴ 公益事業の規制法理(公益事業者はすべての相手と合理的かつ非差別的な対価で取引しなくてはならないというコモン・ロー上の判例法理)により私益事業者を規制しようとするものである。当時は「政府が何らかの特権を与えている事業者は公益事業者であり取引義務を課されるが、特権を与えられていない事業者は私益事業者であり、取引は無制限に自由である」との通念が妥当する一方で、私益事業者のトラスト等による事業活動が社会的に弊害をもたらすに至り、私益事業者の事業活動に公益事業者同様の制限を課すこと(およびその理論的根拠)が求められた。解決の一つの方向性が公益事業者のメルクマールの「再定義」に見出され、例えば、「ある事業活動が virtual monopoly(事実上の独占)である場合には公益事業である」として、政府から特権を与えられていない私益事業者であっても、その事業活動が事実上の独占状態にあれば公益事業と捉えてこれを規制し得るとする立場が示され、或いは、「コモン・ローの理解によれば、private なものは business ではなく、business として行われているものは全て public である」として事業活動を行う者は全て公益事業者であり規制に服し得るとする見解等が示された(参照 大久保・前掲注 8, 121 巻 12 号 2076～2086 頁)。

⁵⁵ 展開された反トラスト論は、①政府役人を墮落させ、立法関係者に賄賂を贈るなどの政治的腐敗の原因になること、②保護関税のような特権を享受すること、③略奪的価格によって競争者を締め出すこと、④価格を不当に吊り上げて消費者を犠牲にすること、⑤安易に工場を閉鎖することにより労働者を失業させること、などを弊害として批判していた(See, William L. Letwin, 'Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890', 23 U. Chi. L. Rev. 233 (1956))。

⁵⁶ 当時の農民は農産物を貯蔵する倉庫と消費地に向けて輸送するための長距離鉄道を必要としていたが、大資本の支配下にある鉄道会社は農民には高額な運賃と倉庫料を請求する一方で、石油トラスト等には安い料金を請求し、差別的運賃・差別的倉庫料を適用していた。農業後援者組織であるグレンジ(Grange)は、これら独占による弊害を除去するには立法的措置が必要であると考え、州議会へ代表を送り込む活動を展開し、イリノイ、アイオワ、ミネソタ、ウィスコンシンなど中西部の諸州において「反独占党(Anti-Monopoly Party)」を結成し、鉄道会社の独占的濫用行為を阻止するためのグレンジャー法(The Granger Laws)を制定させた(この一連の動きが「グレンジャー運動(Granger Movement)」と称される)。なお、グレンジャー法は州法であり、複数の州を通過・連絡する州際通商においては州には運賃を規制する権限が無いとしてグレンジャー法の違憲性が宣言された(Wabash St. Louis & Pacific Ry. v. Illinois, 118 U.S. 577 (1886))が、この判決を端緒として鉄道を政府規制に服させることを求める運動が全国的な広がりを見せ、翌 1887 年に州際通商法の制定と州際通商委員会の設置を実現するに至った(参照 谷原・前掲注 8, 121～123 頁)。

⁵⁷ 1889 年 12 月 4 日に開会された第 51 連邦議会において Sherman 上院議員より提出された法案が原型となり、上院・下院での審議・承認を経て 1890 年 7 月 2 日の Harrison 大統領の署名により成立した。正式名称は「違法な制限および独占から取引および通商を保護する法律(An Act To protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies)」であるが、引用名称は起草者 Sherman 議員の名を冠して「シャーマン法(The Sherman Act)」と称される。

シャーマン法の制定により企業間の協調行為が禁止され(1 条)⁵⁸、また企業単独の独占化・独占化企図行為が違法なものとされ(2 条)⁵⁹、私益企業の濫用行為を規制する法体系が用意された。

このように 19 世紀末の米国の社会的・経済的状況がシャーマン法の制定を必要とし、成文により企業間の協調行為と企業単独の独占化・独占化企図行為が禁止されるに至ったが、企業単独の直接的な取引拒絶についてシャーマン法を基礎とした規制法理が如何にして形成の途についたのか初期の判例から検討したい。

1－5. Colgate 事件連邦最高裁判決(1919 年)⁶⁰

本件は Colgate 社が卸売業者と小売業者に対して一方的に再販売価格を提示した行為がシャーマン法 1 条違反となるか否かが争われた事案であるが、同時に Colgate 社による再販売価格の指定行為はその実効性を担保すべく取引拒絶を伴うものであったため、当該単独かつ直接的で一方的な取引拒絶がシャーマン法 2 条違反となるかについても争われ、当該取引拒絶に対してメルクマールの違法性判断が示された事案である。

また、本判決は最初期の判例であるにもかかわらず、今日の単独・直接の取引拒絶事件の判例においても参照されるパイオニア的判例である⁶¹

なお、本件はいわゆる「単独・直接の取引拒絶(顧客)」であり、再販売価格維持の実効性を担保する手段として取引拒絶が用いられたものであって、競争者を排除する目的を伴うものではないため、本稿の主たる検討テーマからは外れるが、重要な説示が含まれるため以下に参照・検討する。

<事実の概要>

Colgate 社はトイレタリー製品を製造販売する企業であるが、卸売業者と小売業者(以下、両者を併せて「流通業者」という)に対して、それぞれの再販売価格に関する統一価格(uniform prices)を明示したリストを送付し、これに従うことを促すとともにこれに応じない流通業者に対しては、供給しないとの通達を行った。通達の具体的内容は、統一価格販売を遵守しない流通業者の情報を収集・調査し、彼らを「供給停止リスト(suspended lists)」に載せるとともに、彼らに対して統一価格遵守の将来にわたる保証を求め、これに応じる場合には供給し、応じない場合には供給しないというものであった。

当局は Colgate 社の流通業者に対する一方的な再販売価格の指定行為は、Colgate 社と流

⁵⁸ シャーマン法 1 条の条文は本章末尾参照。

⁵⁹ シャーマン法 2 条の条文は本章末尾参照。

⁶⁰ United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919), [hereinafter, 'Colgate'].

⁶¹ 近時の Trinko 事件連邦最高裁判決では「取引先選択の自由」に配慮すべきとする文脈で Colgate 事件連邦最高裁判決が参照されている(See, Trinko, supra note 6, at 408)。

通業者との間で製品販売における競争を抑圧することを意図した違法な結合を形成するものであり、再販売価格維持行為であるとして訴追したが、原審地裁判決⁶²は、過去の判例法理に照らして、自己の財産を管理・処分する権利は制限されないとの理解に基づき、製造者は価格に合意できない相手に対しては、どのような価格であれ、相手が誰であれ売ることを拒むことができると説示し⁶³、本件においては、Colgate 社が流通業者と契約や合意によって相互に価格を拘束・維持した状況は認められず、統一定価を提示したこと、および統一価格での販売を遵守しない流通業者に対して供給を拒絶する旨を通達した行為は適法であり、シャーマン法に違反するものではないとの認定を行った⁶⁴。

これに対し当局は連邦最高裁に直接上告。

<連邦最高裁の判断>

連邦最高裁は、①「シャーマン法の目的は、取引および商行為に携わる者が、自己の有する権利を自由に行使するに際して、これを不当に妨げるような独占、契約、および結合を禁ずることであり、換言すれば、取引自由の権利を保護することにある(The purpose of the Sherman Act is to prohibit monopolies, contracts and combinations which probably would unduly interfere with the free exercise of their rights by those engaged, or who wish to engage, in trade and commerce – in a word to preserve the right of freedom to trade.)」⁶⁵とした上で、②「独占を形成し又は維持する目的を欠く場合、完全に私的な事業に携わる取引業者や製造業者に永らく認められてきた権利、すなわち、取引したい相手方と取引をするという、自己の独立した選択権を自由に行使することを(シャーマン)法は制限しない(In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal.)」⁶⁶と説示し、③「そして事業者は当然に、彼が売ることを拒絶することとなる条件について前もって提示することができる(And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell.)」⁶⁷と述べ、原審の判断を支持した。

<検討>

本判決の8年前、連邦最高裁は Dr. Miles 事件判決⁶⁸において、被告製薬メーカーと流通

⁶² United States v. Colgate & Co. 253 Fed. Rep. 522 (E.D. Virginia. 1918).

⁶³ Id. at 526 (quoting Dueber Watch Case Co. v. Howard Watch, etc., Co. 66 Fed. 646).

⁶⁴ Id. at 528.

⁶⁵ Colgate, supra note 60, at 307.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, Co., 220 U.S. 373 (1911). 本件では Dr. Miles 社と流通業者との最低再販売価格遵守に関する契約書が存在し、シャーマン法1条が禁止する共同の取引制限行為に該当することは明らかであった。

業者との間で為された最低再販売価格を維持することの「合意(agreement)」は、シャーマン法 1 条が禁止する共同の取引制限行為に該当するとして「当然違法の原則(per se rule)」が適用されると判示した⁶⁹。

これに対し、本件は Colgate 社が一方的に流通業者に対して再販売価格を提示したものであり、Colgate 社単独による一方的行為(unilateral action)は、契約・結合・共謀といったシャーマン法 1 条違反を構成するための必要条件を欠いているため、再販売価格維持行為を当然違法とした Dr. Miles 事件判決の射程外に位置付けている。よって、本判決は再販売価格維持行為の外延を画するメルクマールとしての意義を一方で有していると言えよう⁷⁰。

他方、本節との関係でより重要なのは、本判決が、企業単独による取引先選択ないし取引拒絶は、取引自由の観点から保護されるべきであると明示している点である。とりわけ判旨②において、私益事業者に対する取引自由が永く承認されてきた権利であるとして強調されており、取引自由ないし取引拒絶に対する当時の裁判所の見方が、シャーマン法制定以前のコモン・ロー判例法理と連続性を有したものであることがうかがえる。もっとも、コモン・ローの判例法理ないし通念が、私益事業者による取引自由の原則を無制限に認めていたのに対し、本判決では「それが独占を形成し又は維持する目的を欠く場合」との留保が付されている点に注意が必要であろう。この点に関し、判決文は「独占を形成し又は維持する目的を有する場合はシャーマン法に違反する」という表現を採ってはいないが、少なくとも裁判所がシャーマン法により私益事業者の取引自由の権利に対して、これを縮減し得ること(例外的であれ規制し得ること)を明示していることの意義は大きい。

本判決がいわゆる“Colgate Doctrine”として参照される場合、私益企業に対する取引自由の原則を連邦最高裁が承認したとの文脈で説明するものがあるが⁷¹⁷²、当時の社会通念としては私益企業に対して取引自由の原則が妥当するのが一般的であったと推察され、この点に鑑みれば本判決の意義は、むしろシャーマン法により(例外的であれ)私益企業の取引自由の原則が制限されるとの留保を付した点にこそ求められると考える。

《小括》

以上における検討から、シャーマン法制定以前の米国の裁判所は、「単独・直接の取引拒

⁶⁹ なお、連邦最高裁は 2007 年の Leegin 事件判決で再販売価格維持行為の違法性判断は「合理の原則(rule of reason)」に従って行うべきと判示し、「当然違法の原則」が適用されたとした Dr. Miles 事件最高裁判決の立場を覆した(Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007))。

⁷⁰ See, ABA, “Antitrust Law Developments 6th ed.”, 131 (2007), [hereinafter, ‘ABA 6th’].

⁷¹ See, e.g., Lawrence A. Sullivan, et al., “The Law of Antitrust: An Integrated Handbook 2nd ed.”, 323, 380 (2006). 邦語の文献としては、例えば、越智保見『日米欧 独占禁止法』(商事法務・2005 年)486 頁。

⁷² なお、再販売価格維持行為の観点から本件を‘Colgate Doctrine’として参照する場合、「単独企業が一方的に再販売価格を提示することはシャーマン法 1 条に違反しないとの原則が示されたと」説明される(See, ABA 6th, supra note 70, at 131, 138-139)。

絶」および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」⁷³に伴い生起する法的問題に対して、コモン・ロー上の通念を基礎として、二分論的アプローチを規制法理として用意していたと解される。すなわち、私益業者については前掲の **Hunt** 事件判決や **Norwich City Gas** 事件判決に見られるように「単独であれば理由や状況を問わず取引拒絶をしてもかまわず、取引するにせよどのような対価を設定してもかまわない」という通念を基礎として、私益事業者の為す「単独・直接の取引拒絶」および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」を権利として保護していたのに対し、公益事業者については前掲の **Texas Express** 事件判決や **Southern Express** 事件判決に見られるように「正当な理由がある場合を除き、すべての相手と合理的かつ非差別的な対価で取引しなくてはならない」との通念を基礎として、公益事業者の為す「単独・直接の取引拒絶」および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」を違法なものとして規制していたと解される。

また、この当時、裁判所はマンデイマスやインジャンクションを発令することを通じて、公益事業者の取引拒絶を主体的に規制していた状況が認められるが、既にこの当時から裁判所が直接的ないし即時的に価格等の取引条件に介入することについては留保する姿勢を示していた状況も見受けられ、例えば前掲 **Memphis** 事件判決では議会による立法を経由することで取引条件に介入することが試みられ、或いは前掲 **Southern Express** 事件判決ではマスターといった補佐人を介在させることで取引条件に立ち入ることが試みられており、今日の「単独・直接の取引拒絶」規制および「単独・直接の取引拒絶(顧客)」規制の在り方を考える上で示唆的であるといえよう。

他方、19 世紀末の米国における経済産業の著しい発展の副作用として各種トラストが社会的弊害をもたらすに至り、コモン・ローによる二分論的アプローチは、トラストを規制する法体系としてその限界が認識される一方で、これを規制する手段として、最初の反トラスト法であるシャーマン法の成立を迎えることとなる。

また、初期の判例である **Colgate** 事件連邦最高裁判決においては、コモン・ローにより私益事業者に認められてきた取引自由の原則がシャーマン法により制限され得るとの留保を付した点に先例としての積極的な意義が認められる。

第 2 節 シャーマン法による単独・直接の取引拒絶規制法理の形成

前節では、シャーマン法成立以前のコモン・ロー判例法理、および、シャーマン法成立後の最初期の代表的判例である **Colgate** 事件連邦最高裁判決を概観した。

本節ではその後に生起した単独・直接の取引拒絶事件を通じて米国裁判所がどのような規制法理を形成したのかについて分析・検討する。

⁷³ 前掲注 28 および前掲注 45 で付記したとおり、ここでは拒絶の相手方が競争者ではない場合も含めた「単独・直接の取引拒絶」と「単独・直接の取引拒絶(顧客)」の双方を観念する。

なお、本節で分析・検討する判例は時系列順に、Southern Photo 事件連邦最高裁判決(1927 年)⁷⁴と Otter Tail 事件連邦最高裁判決(1973 年)⁷⁵であり、これら判例は連邦最高裁が単独の直接的かつ一方的取引拒絶を違法と判断した代表的判例であるとともに、EF 理論形成の前史を構成するものとして挙げられる⁷⁶。

2-1. Southern Photo 事件連邦最高裁判決(1927 年)⁷⁷ 【Type B】

本件は、川上市場における支配的企業が川下市場へのインプット販売価格を高く設定し、川下市場における競争相手が利益を上げられないようにする、いわゆる価格圧搾(price squeeze)に該当する事件である。価格圧搾は、取引を完全に拒絶していなくても、競争相手に対する販売価格を高く設定することにより取引拒絶と同等の反競争効果を発揮する⁷⁸。よって、本件は取引拒絶の規制法理を検討する上で参照すべき事案であると思料される。

<事実の概要>

被告 Kodak 社は写真関連製品を製造・販売する会社であり、全米各地の流通業者に当該製品を供給していた。原告 Southern Photo 社は写真関連商品の流通業者であり、被告より製品の供給を受けるとともに、被告以外の製品も取り扱っていた。1910 年より以前、原告は他の流通業者と同等の条件で被告より製品の供給を受けていたが、その年に被告が、流通事業の垂直統合に乗り出し、原告と競合する流通業者を合併により吸収する一方で、原告の吸収合併には失敗したため、原告に対しては流通業者の仕入価格である卸売価格での取引を拒絶し、被告が統合した流通業者の販売価格である小売価格での取引にのみ応じるとの条件変更を行った。これにより原告は価格的に競争力を維持できず事業活動が著しく困難になった。

そこで、原告は、被告が写真関連製品市場の独占化を企図して流通業者と結合し、他の流通業者の参入制限や価格統制を通じて当該製品における州際通商の大部分を独占したことはシャーマン法 2 条に違反するものであるとして提訴した。

原審⁷⁹は、原告の訴えを認め、原告が被った損害の三倍額賠償を被告に求める判断を行ったが、被告はこれを不服とし上告。

<連邦最高裁の判断>

⁷⁴ Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927), [hereinafter, 'Southern Photo'].

⁷⁵ Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973), [hereinafter, 'Otter Tail'].

⁷⁶ See, e.g., Areeda, et al., "Antitrust Law IIIA 2nd", ¶ 772b1-3 (2002); see also, e.g., Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice 3rd ed.", 309-310 (2005), [hereinafter, 'Hovenkamp'].

⁷⁷ Southern Photo, supra note 74.

⁷⁸ 参照 本稿 第 1 章 第 2 節-E.

⁷⁹ Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 295 Fed. 98 (5th Cir. 1923).

被告が原告に対して卸売価格での取引を拒絶したことは独占化を目的としたものであるか否かに関して、被告側が独占化を目的としたとする直接的な証拠が提示されていないこと、および、原告がかつて他の製造業者と優先取引契約(**preferential contract**)を締結し、当該他社製品を取り扱っていた事実は(卸売価格での取引拒絶の)正当化事由となると主張したのに対し、裁判所は「優先取引契約の存在は、被告より供給を受けた製品の販売に際して対立を生じるものではなく(中略)、被告が原告に対して取引を拒絶したことの正当化理由となり得ないとした原審の判断は正しい」⁸⁰と述べ、「直接的な証拠は無いかもしれないが(中略)、証拠により明らかになった状況は、適切かつ合理的な推定を与えるもの(**as a matter of just and reasonable inference**)であり、独占化の目的(**purpose to monopolize**)を示すことに十分資するものである」⁸¹と判示し、被告の行為は、「永続的な独占に向けた意図と欲求(**an intention and desire to perpetuate a monopoly**)」に基づくものであるとの見方を示した⁸²。

<検討>

まず原告と被告の関係であるが、被告が流通業者と垂直統合する以前の状況においては、原告は被告より製品の供給を受けていた「顧客」として捉えられる。一方、被告が流通業者と垂直統合した後の状況においては、被告が流通業者との垂直統合により流通事業に参入したこと、および被告が原告と他の製造業者との優先取引契約を取引拒絶の正当化事由として主張していることに着目すれば、実質的には被告は原告を「競争者」と捉えてこれを排除する行為に及んだと解される。

また、本件における取引拒絶の態様は、原告と既に取引関係にあった被告が、他の流通業者と垂直統合したことを契機として、既存の取引条件を原告に不利な内容(卸売価格での販売拒絶)に変更したものであり、これは「継続取引拒絶」とであると認められよう。

そして裁判所は、被告の「競争者」に対する「継続取引拒絶」に対して、当該行為が独占化行為であることを裏付ける直接的な証拠は無いとしながらも、独占化に向けた目的を有したであろうことを間接的な証拠から推定し、被告の行為は「永続的な独占への意図と欲求」に基づくものであると認定している。

本判決では、「独占化に向けた目的・意図」の存在をシャーマン法 2 条違反の要件として定位し、被告の独占化に向けた目的や意図を示す証拠によって要件充足性が立証・認定され、直接的な証拠を欠く場合には、間接的な証拠によって論証することで足りるとしつつ、本件事案への当てはめにおいては、客観的証拠(間接証拠)を積み上げることにより要件充足性を論証するアプローチが試みられ、当該論証を適切かつ合理的なものと評価することによって独占化に向けた目的・意図の存在を推定し、もって違法を認定しているといえよう⁸³。

⁸⁰ Southern Photo, *supra* note 74, at 375.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ このアプローチは Standard Oil 事件連邦最高裁判決(Standard Oil, *supra* note 53)や、American

2-2. Otter Tail Power 事件連邦最高裁判決(1973 年)⁸⁴ 【Type B】

<事実の概要>

被告 Otter Tail Power 社(以下、「Otter Tail 社」という)は、発電・送電等を行う電力事業者であり、ミネソタ州・ノースダコタ州・サウスダコタ州に所在する 465 の町に対して 10～20 年を期限とする電力供給契約を締結し電力を供給していた。一般に、電力供給を受ける地域において、電力の分配は単一システムに依らざるを得ず、電力の小売と分配に関する地理的市場においては自然独占が形成される傾向にあり、Otter Tail 社が供給する地域では他に有力な電力供給システムは存在せず⁸⁵、同社のシェアは 91%と推計された⁸⁶。

このような状況において、Otter Tail 社との電力供給に関する契約期間満了を契機として、エルボー・レイク町、ハンキンソン町、コルマン町、およびアウロラ町の 4 町が、住民投票により公営系統(municipal power system)を設立し電力の小売を開始することとなったが、Otter Tail 社はこれら 4 町の公営系統に対して電力の卸売と託送(wheel : Otter Tail 社以外の他の電力事業者からの供給電力を Otter Tail 社の送電網を使って中継送電するサービス)を拒絶した。エルボー・レイク町とハンキンソン町は内務省開発局(the Bureau of Reclamation)と地域電力共同体に対して電力の卸売を求め、彼らは Otter Tail 社が託送に応じるなら電力の卸売をする用意があるとの回答をしたところ、Otter Tail 社はかつて電力の小売をしていた地域に対しては託送しないとの契約条項を理由に 4 町への託送を拒絶した。これに対して、エルボー・レイク町は連邦動力委員会(Federal Power Commission)に請願し、連邦動力法(the Federal Power Act)202 条(b)の規定に基づき Otter Tail 社に対して公営系統への託送と電力の卸売を命じるよう求め、同委員会とは同社に対して接続を命じた。ハンキンソン町はノースダコタ州委員会と連邦動力委員会に請願し、Otter Tail 社に託送を命じるよう求めたが実現せず、Otter Tail 社との供給契約を更新した。コルマン町とアウロラ町は Otter Tail 社以外の電力供給網へのアクセスを確保したが、Otter Tail 社が訴訟を提起し公営系統の設立が妨害された⁸⁷。

Tobacco 事件連邦最高裁判決(American Tobacco Co. v. United States, 221 U.S. 106 (1911))が、行為の「目的・意図」により違法認定を行った判断枠組みと同様のものであると考え(参照 本稿 第 1 章 第 1 節 1-3-1.)。

⁸⁴ Otter Tail, supra note 75.

⁸⁵ なお、Otter Tail 社以外の電力事業者としては、公営系統(municipal power system)と地域電力共同体(rural electric cooperatives)が存在していたが、地域電力共同体は地域電化法(the Rural Electrification Act of 1936)第 4 条により、既存の電力供給システムが存在する町への設立・参入が禁止されていたため、地域電力共同体が供給する地域は地理的市場から除外され、Otter Tail 社の競合としては公営系統のみが考慮された(Id. at 369, 370 n1.)。

⁸⁶ 地理的市場には 510 の町が存在し、Otter Tail 社が 465 の町に供給していたのに対し、公営系統は 45 の町に供給していた(Id. at 370 n1.)。

⁸⁷ 公営系統の設立に際しては、電力事業収益を原資とした公債が発行されるが、公債発行の前に、自治体の代理人(the town's attorney)は意見書を提出せねばならず、意見書には公債の正当性や価値を害するような訴訟の懸念が無いことを示す必要があった。Otter Tail 社は訴訟を提起することにより公債発行手続および公営系統設立の遅延を図ったとされる(Id. at 372.)。

このような Otter Tail 社の行為に対して当局が訴追し、原審⁸⁸は Otter Tail 社の行為は同社の電力供給地域において独占力を維持する独占化行為であり、シャーマン法 2 条に違反すると認定し、公営系統への電力卸売の拒絶と託送の拒絶を禁じ、公営系統設立の遅延を目的とした訴訟の遂行を禁じた。

Otter Tail 社はこれを不服として連邦最高裁に直接上告。

＜連邦最高裁の判断＞

被告 Otter Tail 社より、同社が連邦動力法の適用を受けることを理由に、シャーマン法の適用を受けないとの主張が為されたことに対し、裁判所は「取締法規との関連によって反トラスト法を無効にすることは強く否定され、取締法規と反トラスト法とが明らかに矛盾する場合にのみ(無効の主張は)認められる」⁸⁹とし、「事業活動が規制当局の管轄権の下で為されたものであったとしても、反トラスト法の下で審査に服す」⁹⁰と述べ、事業法管轄下の行為に対する反トラスト法の適用除外の主張を斥けた。

また、裁判所は、違法認定に際して、1)Otter Tail 社にとって発電・送電・託送が可能であったこと、2)公営系統を設立しようとした町にとって独自に電力系統(発電・送電)を設立することが困難であったこと、3)そのような場合、他の電気事業者との相互接続が唯一の解決策であったこと、及び、4)Otter Tail 社にとって電力の卸売と託送をする上で技術的な障害がなかったことを認定事実として指摘し⁹¹、「Otter Tail 社がサービスを供給するエリアに所在する町々において、自社の独占力を利用して競争を排除し、又は競争上の優位性を獲得し、或いは競争者を駆逐したことはこれら証拠により明白であり、これら行為はすべて反トラスト法に違反する」⁹²と述べるとともに、「競争の懸念を排除するために独占力を行使することは、シャーマン法 2 条の『独占化企図』に違反する」⁹³との判断を示した。

さらに、裁判所は Otter Tail 社が公営系統の設立遅延を目的に訴訟を提起したことに関して、行政手続や司法手続を用いる場合には「ノアの原理(the principle of Noerr)」⁹⁴が適用されるとの見解を示し、競争を抑圧することを意図して実体の無い請求に基づき訴訟を提起する行為は「見せかけ(sham)」であり、Otter Tail 社の争訟行為は「サービス供給エリアにおいて、電力の販売と伝送における優勢な地位を保つことを期待するものである」⁹⁵

⁸⁸ United States v. Otter Tail Power Co., 331 F. Supp. 54 (1971), [hereinafter, 'Otter Tail D.C.'].
⁸⁹ Otter Tail, supra note 75, at 372 (quoting United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 350-351 (1963), [hereinafter, 'Philadelphia National Bank']).
⁹⁰ Id.
⁹¹ Id. at 378.
⁹² Id. at 377; see also United States v. Griffith, 334 U.S. 100, 107 (1948).
⁹³ Id.; see also Lorain Journal, supra note 2, at 154; Southern Photo, supra note 74, at 375.
⁹⁴ いわゆる 'Noerr doctrine' である。米国においては立法過程や行政機関に働きかけることは、それが「見せかけ」で無い限り「表現の自由」の観点から憲法上保障される適法な行為として捉える立場が Noerr 事件判決(Eastern Railroad Conference v. Noerr Motor Freight, 365 U.S. 127 (1961))によって確立されている。但し、立法過程や行政機関への働きかけが「見せかけ」である場合には反トラスト法の適用の余地があるとした(参照 本稿 第 1 章 第 2 節 F。なお、Noerr 事件連邦最高裁判決の概要は同第 1 章注 125 参照)。
⁹⁵ Otter Tail, supra note 75, at 379.

との原審の判断を支持し、違法と認定した⁹⁶。

<検討>

本判決で連邦最高裁は、事業法管轄下の事案であっても反トラスト法の適用は妨げられないとの立場を示している。電力事業は連邦動力委員会の管轄下において連邦動力法に服する規制産業であり、判決に記載の事実によれば、連邦動力法はその立法過程において公共の利益の最大化を図ることが理念として掲げられ、電力事業者は‘common carrier’として合理的な要求に対して非差別的に電力を供給する義務を負うとされる⁹⁷。従って、本件は「公益事業者」である Otter Tail 社を反トラスト法により訴追した事案である。

また、本件において Otter Tail 社と公営系統との関係は、公営系統が設立される以前の状況においては、当該 4 町は Otter Tail 社より電力の供給を受ける「顧客」であったが、当該 4 町によって公営系統が設立された以降の状況においては、公営系統とこれを運営する当該 4 町は Otter Tail 社にとって電力の「小売市場」の獲得を巡って相互に競合する競争者であり、本件は「競争者」に対して取引拒絶が為された事案である。

なお、電力供給に関する契約の期間満了に伴い、Otter Tail 社と当該 4 町との取引関係は一旦終了しているが、新たに設立された公営系統の運営主体は当該 4 町であり、実質的に Otter Tail 社との取引の継続を求めたものである。従って、本件の態様は「継続取引拒絶」と構成されよう⁹⁸。

そして、「競争者」に対する「継続取引拒絶」の違法性判断に関し、本判決は、(i) Otter Tail 社が電力の卸売と託送を行っているサービスエリアの大部分において支配的な地位⁹⁹にあること、および、(ii) Otter Tail 社は外部の供給源から電力を得ることによって小売市場に参入しようとしている潜在的事業者(公営系統)を排除するために当該支配的地位を利用していることを原審判決の追認という形で指摘し¹⁰⁰、Otter Tail 社の行為は競争の懸念を排除するためにその独占力を行使しているものでありシャーマン法 2 条に違反すると判示している。

⁹⁶ なお、Otter Tail 社は自社の収益を守るためには訴訟という攻撃手段(the weapons)を用いなければ公営系統に対抗できなかったと主張したのに対して、裁判所は「シャーマン法は、優れたサービスや低コスト、そして効率性の向上によって企業は損失から自己を守ると推定している」と述べ、「Otter Tail 社の主張は、その支配的な経済力を用いて競争状態を反競争的なものにしようとするものであり、シャーマン法と相容れない」としてこれを斥けた(Id. at 380)。また、裁判所は、かつて連邦動力委員会が「公共の利益は特定の電力供給者の経済的利益よりもはるかに優る」と述べたことを付言している(See, *Elbow Lake v. Otter Tail Power Co.*, 46 F.P.C., at 678)。

⁹⁷ *Otter Tail*, supra note 75, at 374; see also, H.R. 5423, 74th Cong., 1st Sess.; S. 1725, 74th Cong., 1st Sess. もっとも、議会は商業的な観点から任意の相互接続を促す方向に転舵し、供給義務(接続義務)の条項を削除した(S. Rep. No. 621, 74th Cong., 1st Sess., 19)。

⁹⁸ 和久井准教授も本件事案を継続取引拒絶と捉える(和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(一)」民商法雑誌 121 巻 6 号(有斐閣・2000 年)832 頁)。

⁹⁹ 判決では Otter Tail 社の地位を「戦略的支配(a strategic dominance)」と表現しており、具体的には「競争を排除し、或いは競争優位性を獲得し、若しくは競争者を駆逐する(to foreclose competition or gain a competitive advantage, or to destroy a competitor)」ことが可能な地位にあったと認定している(See, *Otter Tail*, supra note 75, at 377; see also, *Otter Tail D.C.*, supra note 88, at 60)。

¹⁰⁰ *Otter Tail*, supra note 75, at 377.

なお、本判決が支持する原判決は、Otter Tail 社の行為をシャーマン法 2 条違反と認定する上で、1966 年の Grinnell 事件連邦最高裁判決¹⁰¹で示された独占化の違法要件を採用している¹⁰²。すなわち、(1)「関連市場における独占力の保有」と、(2)「優れた製品、ビジネスにおける明敏さ、歴史的事情の結果として発生または進化したのとは異なるやり方による独占力の意識的な獲得又は維持」の認定であり(以下、この違法要件を「Grinnell 基準」と称し、(1)(2)をそれぞれ「第一要件」および「第二要件」という)¹⁰³、本件に対する審査において、第一要件については、地理的市場における同社のシェアが 91%であること、および電力の卸売・託送における同社設備の不可欠性を根拠として Otter Tail 社の独占力を認定し、第二要件については、当該独占力により支配的な地位を保有しつつ電力の卸売と託送を拒絶することにより独占力の維持を図ったと認定。これら二つの要件の充足をもって Otter Tail 社の行為はシャーマン法 2 条に違反する「独占化行為」と判断している¹⁰⁴。

これに対し、本判決は「Otter Tail 社がサービスエリアにおいてその独占力を利用することにより競争を排除し、或いは、競争優位性を獲得し、若しくは、競争者を駆逐したことは証拠により十分明白である」とし¹⁰⁵、当該証拠によって認定された事実として 1)Otter Tail 社にとって発電・送電・託送が可能であったこと、2)公営系統を設立しようとした町にとって独自に電力系統を設立することが困難であったこと、3)そのような場合、他の電気事業者(Otter Tail 社)との相互接続が唯一の解決策であったこと、および、4)Otter Tail 社にとって電力の卸売と託送をする上で技術的な障害がなかったことを指摘し¹⁰⁶、これらの認定事実を根拠として Otter Tail 社の独占的地位を認定するとともに、これら認定事実に基づく状況を背景として Otter Tail 社が卸売や託送を拒絶したことは、まさに公営系統にその独占的地位を侵されることを妨げるために為されたものであると論じ、当該独占的地位を維持すべく為された取引拒絶を「独占化企図行為」としてシャーマン法 2 条違反を認定している。

上記のように、原判決では「独占化行為」として法適用が為されているのに対し、本判決では「独占化企図行為」として法適用が為されている。双方の判決で異なる法適用が為されたことについて本判決は明らかにしていないが、本判決は判旨の基礎として被告 Otter Tail 社の行為を独占化行為と認定した原判決を参照しこれを支持している。

そこで、本判決を独占化行為としてシャーマン法 2 条違反を問うことの可能性について論及した場合、独占化の違法要件である Grinnell 基準への当てはめにおいては、1)～4)にみる認定事実から Otter Tail 社が独占的な地位にあることを示すことによって Grinnell 基

¹⁰¹ United States v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966), [hereinafter, 'Grinnell'].

¹⁰² Otter Tail D.C, supra note 88, at 58.

¹⁰³ Grinnell, supra note 101, at 570.

¹⁰⁴ また、原判決は、Neale の提唱する「ボトルネック理論(bottleneck theory)」、すなわち、「重複して設備を構築できない場合、適正な条件で当該設備を競争者に共有することシャーマン法は求めている」との論旨を展開し、Otter Tail 社の送電設備に同理論を適用している(See, Otter Tail D.C, supra note 88, at 61; see also, A. D. Neale, "The Antitrust Laws of the U.S.A.", 67 (1960))。

¹⁰⁵ Otter Tail, supra note 75, at 377.

¹⁰⁶ Id. at 378.

準の第一要件は満たされており、また、当該独占的な地位は **Otter Tail** 社が自ら策出したものであり、当該独占的な地位を利用して為された取引拒絶(および、「見せかけ」の訴訟行為)は、その実効性を認識しつつ、また回避可能であるにもかかわらず、自覚的に為されたものと評価していることから第二要件をも満たしていると解され、従って、本判決は独占化行為としてシャーマン法 2 条違反を問うことも可能であると思料される。

なお、本判決が提示する 1)～4)の認定事実の意義ないし性格を改めて確認すると、認定事実 1)は **Otter Tail** 社による利用拒絶を、認定事実 2)は新たな電力系統の複製困難性を、認定事実 3)は **Otter Tail** 社の支配的地位を、そして認定事実 4)は **Otter Tail** 社による電力の供用可能性をそれぞれ示しており、いわゆる EF 理論の 4 要件に相当する意義と性格を有していると思われる¹⁰⁷。

本判決は EF 理論に初めて言及した **Hecht** 事件連邦控訴裁判決(1977 年)¹⁰⁸以前の判決であり、本判決文中には“**Essential Facilities**”或いは“**Essential Facilities Doctrine**”という表記は未だ見受けられない。しかし、1)～4)の認定事実により示される“不可欠施設”該当性こそがまさに **Otter Tail** 社の「独占力」の源泉であり、独占的地位を自ら策出しつつ、その地位を利用して「意識的に独占力を獲得・維持」すべく取引拒絶に及んだところに本件行為の違法性が認められる。

本判決の事実認定とこれに基づく論理構成は、上記のように **Grinnell** 基準に適合的な形でシャーマン法 2 条違反を推定することを可能ならしめるものであると解されるが、同時に、**Grinnell** 基準の要件充足性を認定事実により論証するアプローチの中に EF 理論の原型が見出され、従って、本判決は既に EF 理論と同等の規制法理を実現しているものと解される(もっとも、米国連邦最高裁は EF 理論の適用に慎重な姿勢を示しており、現在に至るまで同理論を適用したことがない：EF 理論については次章にて詳述)。

2-3. 判例分析のまとめ、ならびに考察

本節で検討した判例は、**Southern Photo** 事件連邦最高裁判決が「私益事業者」による「競争者」に対する「継続取引拒絶」の事案である。また、**Otter Tail** 事件連邦最高裁判決は「公益事業者」による「競争者」に対する「継続取引拒絶」の事案である。

以下では、単独の「私益事業者」或いは「公益事業者」が「競争者」に対して直接的に

¹⁰⁷ 後の **MCI** 事件連邦控訴裁判決(**MCI Communications v. AT&T**, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983))で提示された違法要件が、一般に EF 理論の 4 要件として参照される。同判決では i) 独占者によって不可欠施設が支配されていること(支配的地位)、ii) 競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的であること(複製困難性)、iii) 競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶していること(利用拒絶)、iv) 当該不可欠施設を供用することが可能であること(供用可能性) の各要件が満たされた場合、シャーマン法 2 条違反を推定するというものである。なお、同事件については第 3 章で改めて検討する。

¹⁰⁸ **Hecht v. Pro-Football, Inc.**, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977). なお、同事件についても第 3 章で改めて検討する。

「継続取引拒絶」を行った場合、この当時の米国においてどのような違法性判断の理論的枠組みが存在したと考えられるのか検討する。

<違法性判断の理論的枠組み>

シャーマン法 2 条は条文上独占化および独占化企図を禁止しているが、「単独・直接の取引拒絶(顧客)」のシャーマン法 2 条該当性が争われた最初期の判例である Colgate 事件連邦最高裁判決(1919 年)では、当該取引拒絶が「独占を形成し又は維持する目的(purpose to create or maintain a monopoly)」を有する場合、シャーマン法に違反するとされた¹⁰⁹。そして、本節で検討した二つの最高裁判例においても「独占化の意図・目的」の存在を要件とし、違法認定に際して「独占化の意図・目的」の存在を証明するよう要求するものであったと解される¹¹⁰。

まず、Southern Photo 事件連邦最高裁判決(1927 年)では、「独占化の意図・目的」の存在を示す直接的な証拠を探索しつつ、これを欠く場合には、間接的な証拠の積み上げにより事実認定を行うことで論証することが可能であるとし、同判決では間接証拠に基づく認定事実によって「独占化の意図・目的」の存在を証明し違法を認定している。

他方、Otter Tail 事件連邦最高裁判決(1973 年)では、被告は独占的地位が侵されることを妨げるために取引拒絶を行ったと認定しつつも当該拒絶行為の中に「独占化の意図・目的」が存在したであろうことを明示的には論及していない。しかしながら、本稿における分析によれば、証拠によって認定された事実から Otter Tail 社は自ら独占的な地位を策出し、当該独占的な地位を利用して行われた取引拒絶は、その実効性を認識しつつ、また回避可能であるにもかかわらず、自覚的に行われたものであることから、ここに「独占力の意識的な獲得・維持」すなわち、「独占化の意図・目的」の存在が推定されるものと思料される。

このように、Southern Photo 事件連邦最高裁判決、および Otter Tail 事件連邦最高裁判決からうかがえるこの当時の違法性判断の理論的枠組みとしては、支配的企業による「単独・直接の継続取引拒絶」に対しては、「独占化の意図・目的」の存在を違法要件としつつ、これを直接証拠、或いは間接証拠の積み上げにより客観的な事実認定を行うことで要件充足性を論証し、違法を推定するアプローチが採られていたと解される。

¹⁰⁹ 正確には「独占を形成し又は維持する目的を欠く場合、完全に私的な事業に携わる取引業者や製造業者に永らく認められてきた権利、すなわち、取引したい相手方と取引をするという、自己の独立した選択権を自由に行使することを(シャーマン)法は制限しない(In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal.)」であるが、反対解釈として上記本文記載の主旨が導かれよう(See, Colgate, supra note 60, at 307)。

¹¹⁰ Glazer らによれば、Southern Photo 事件連邦最高裁判決や Otter Tail 事件連邦最高裁判決では、Colgate 事件連邦最高裁判決で示された「独占を形成又は維持する目的(purpose to create or maintain a monopoly)」の文言が意味する「独占化の目的・意図」が違法要件として定位され、当該違法要件への充足性が審査されているとする(この審査アプローチを「意図基準(intent test)」と称する)。(Kenneth L. Glazer, et al., 'Unilateral Refusal to Deal Under Section 2 of the Sherman Act', 63 Antitrust L.J. 749, LEXEE page 2-5 (1995).)

また、両判決とも **Type B** の事案であることに鑑みれば、上記の違法推定アプローチは **Type B** の事案に対するこの当時の違法性判断の理論的枠組みであったとも言い得よう。

なお、**Otter Tail** 事件連邦最高裁判決で採用された 4 つの認定事実は、単独・直接の取引拒絶の違法性を検討する上で重要な意義ないし性格を有していると思われる。すなわち、認定事実 1) は **Otter Tail** 社による利用拒絶を、認定事実 2) は新たな電力系統の複製困難性を、認定事実 3) は **Otter Tail** 社の支配的地位を、そして認定事実 4) は **Otter Tail** 社による電力の供用可能性をそれぞれ示しており、これら 4 つの認定事実は被告の支配的地位を認定する上で説得的な判断要素であるとともに、後の下級審判例で登場する **EF** 理論の 4 要件と同等の視角を有しており、単独・直接の取引拒絶の不当性を導く上で有効な視角を有する判断要素であると考えられる。

《小括》

以上、本節では **EF** 理論が登場する以前(1970 年代前半頃まで)の米国における単独・直接の取引拒絶に関する代表的な連邦最高裁判例 2 件(何れも垂直的継続取引拒絶で **Type B**)について検討を試みた。

本稿における分析と検討によれば、この当時、単独・直接の取引拒絶の違法性判断は「独占化の意図・目的」の存在を要件とし、その存在を証明する手法としては、直接証拠、或いは間接証拠の積み上げにより客観的な事実認定を行うことで要件充足性を論証し、違法性を推定するアプローチが試みられていたと思料される。

他方、今日求められている違法性判断基準は違法か適法かを「識別する基準」である¹¹¹。競争者排除を目的とした取引拒絶に対して、行為者の目的や意図に関する証拠(直接証拠/間接証拠)を元に事実認定を行い、「独占化の意図・目的」の要件充足性を論証することを志向したとしても、本来、競争においては競争者を排除する意図が存在するのが通常であり、これと独占化の意図との識別が困難であることは従来から指摘されているところである¹¹²。

この点に関しては、今日の米国の学説・規制当局において様々なテストが違法性を識別する基準として提言されており、第 4 章においてこれら違法性識別基準の精緻化の動きを概観しつつ、各種テストの妥当性・優位性および採用可能性を比較検討したい。

なお、本章第 2 節においては連邦最高裁レベルでの単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断の理論的枠組みを検討したが、当時(1970 年代後半頃より)、下級審レベルでは **EF** 理論が取引拒絶一般に対する規制法理として台頭しつつあり、その後、独特の地位を占めるに至る。

¹¹¹ See, Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, at 91 (2007).

¹¹² See, e.g., Hovenkamp, *supra* note 76, at 280-281.

そして、今日においてもなお取引拒絶(とりわけ単独・直接の取引拒絶)事件の審査に際して EF 理論の適用可能性と妥当性評価は避けることのできない検討テーマとなっている。

次章においては、これまで本稿で折に触れて言及してきた EF 理論について改めて詳細に検討する。具体的には取引拒絶固有の違法性判断基準ないし法理論と評される EF 理論の形成過程とこれに対する学説・裁判所の反応を俯瞰し、理論の妥当性や適用可能性を検討する。

《参考》

< Section 1 of the Sherman Act >

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments in the discretion of the court.

< シャーマン法 1 条 >

「州際又は国際間の取引を制限する全ての契約、トラストその他の形態による結合又は共謀は、違法である。ここに違法とされる契約を締結し、結合し、又は共謀する者は重罪を犯したものとし、有罪の決定があったときは、法人の場合には 100 万ドル以下の罰金に処し、その他の者の場合には 10 万ドル以下の罰金若しくは 3 年以下の禁錮に処し、若しくはこれを併科する。」

< Section 2 of the Sherman Act >

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

< シャーマン法 2 条 >

「州際又は国際間の取引又は取引のいかなる部分をも独占し、独占を企図し、又は独占する目的をもって他の者と結合し又は共謀する者は、重罪を犯したものとし、有罪の判決があったときは、法人の場合には 100 万ドル以下の罰金に処し、その他の者の場合には 10 万ドル以下の罰金若しくは 3 年以下の禁錮に処し、若しくはこれを併科する。」

第3章 Essential Facilities Doctrine の形成と展開

前章では1970年代中葉までの米国における代表的な取引拒絶事件を取り上げ、連邦最高裁判決の分析を通じて裁判所が違法視する単独・直接の取引拒絶の違法性判断の在り方について検討を試みた。本稿における分析によれば、当時の裁判所では、当該単独・直接の取引拒絶の違法認定に際して、市場支配的事業者である被告側に「独占化の意図・目的」が存在することを客観的な事実の認定によって論証するアプローチが採用されていたと思料される¹。

他方、これと同時期の1970年代中葉以降、米国下級審判決を中心として「不可欠施設の法理：Essential Facilities Doctrine(以下、「EF理論」という)」と称される判例法理が形成され、その後、取引拒絶の違法性判断基準として独特の地位を占めるに至る。ここにいうEF理論とは、産業を構成する企業に共通して必要なインフラ要素が存在する場合、当該インフラ要素を専有する市場支配的事業者は、公正な条件でアクセスを許容しなければならないというものであり、アクセスを拒絶する場合にこれを違法とするものである²。また、EF理論は事案の客観的状況から違法認定を行うに際して、必要な証明事項を予め要件として提示するものであり、透明性と予見性において違法性判断基準としての優位性が見出される(もっとも、このEF理論に対しては異論・反論も多く存在し、その論争も含めて本章にて検討する)。

本章では、EF理論の形成過程やEF理論に対する学説・判例の態度を分析し、単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断基準としての可能性と限界を明らかにしたい。

¹ この「独占化の意図・目的」を論証するにアプローチに関して、Hovenkamp は意図の存在を示す証拠には被告の行為から推測される客観的証拠(objective evidence)と、被告の目的意識から推測される主観的証拠(subjective evidence)があるとし、独占化事件において主観的証拠を重要視することは証拠開示手続を複雑にし、結果を非常に恣意的なものにする(the result is a great deal of arbitrariness)と指摘し、客観的証拠を重要視すべきとの立場をとる(See, Herbert Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice 3rd ed.”, 280 (2005))。

² EF理論の主旨に関して、Hecht 事件連邦控訴裁判決においては「潜在的な競争者によって現実的に複製することができない施設が存在する場合、当該施設を所有する者は潜在的な競争者がこれを公正な条件により共用することを認めなければならない」と説明され(Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 992 (D.C. Cir. 1977), [hereinafter, ‘Hecht’])、また、Byars 事件連邦控訴裁判決においては「希少な施設を支配する事業者または事業者団体は、競争者に当該施設への合理的なアクセスを認める義務を負う」とし(Byars v. Bluff City News Co., 609 F.2d 843, 856 (6th Cir. 1980), [hereinafter, ‘Byars’])、MCI 事件連邦控訴裁判決においては「反トラスト法は、不可欠施設を支配する事業者に対して、非差別的な条件で当該施設を利用することができるようにする義務を課している」との解釈を与えている(MCI Communications v. AT&T, 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir. 1983), [hereinafter, ‘MCI’])。

第1節 EF理論の形成に影響を及ぼした初期の学説

1-1. ボトルネック理論

EF理論の形成に寄与したとされる論者の一人が Neale である³。Neale は、ある種の産業や取引において、不可欠な商品や施設(essential commodity or facility)を通じて支配力を及ぼす事業者は新規参入を阻害することが可能であるとし、取引を切望する事業者にとって、ある特定の施設を用いることが必須の条件であり、且つ、当該施設を所有し又は支配している事業者が実際に新規参入を阻害することが可能であるような状況を「ボトルネック状態(Bottleneck Situations)」と定義した⁴。

また、Neale は、競争者が重複して施設を建設することが現実的に不可能な場合、当該施設の所有者は競争者に対して公正な条件で共用しなければならないことをシャーマン法は求めていると捉え、希少な施設を専有することは違法な取引制限であるとの立場をとる⁵。

Neale は取引制限行為と独占化行為双方の文脈で上記のような「ボトルネック理論(Bottleneck Principle)」を展開しており、以下に概観する。

＜取引制限行為に対するボトルネック理論の適用＞

Neale によれば、Associated Press 事件連邦最高裁判決⁶は、通信共同組合への入会拒絶

³ 不可欠施設に対するアクセス拒絶を違法とする法理論を“Essential Facility Doctrine”と称して最初に掲げた判決は Hecht 事件連邦控訴裁判決であり、当判決において EF 理論を説明する際に A.D Neale と L.A Sullivan の提唱した理論を参照している(See, Hecht, supra note 2, at 992)。

⁴ A.D. Neale, “The Antitrust Laws of the United States of America 2nd ed.”, at 66 (1970), [hereinafter, ‘Neale’]。

⁵ Id. at 67. なお、Hecht 事件連邦控訴裁判決は、このような Neale の見解を“Bottleneck Principle(ボトルネック理論)”として参照する(See, Hecht, supra note 2, at 992)。

⁶ United States v. Associated Press, 326 U.S.1 (1945), [hereinafter, ‘Associated Press’]。本件は多数の新聞社を会員とする共同組合が、競合する新聞社の入会を容易に認めず、非会員の新聞社に対してニュースの配信を禁止していたことがシャーマン法 1 条および 2 条に違反するか争われた事案である。本件で被告となった Associated Press 社は、1,200 社以上の新聞社を会員とする共同組合(a cooperative association)であり、ニュースの収集・編集・配信を事業として行う米国で最大の通信社であった(同社のシェアは日刊紙で 83%、朝刊紙で 96%であった)。Associated Press 社の定める定款(By-Law)は、会員新聞社が Associated Press 社以外の通信社にニュースとなる情報を提供することを禁ずるとともに、Associated Press 社から配信されるニュースを非会員新聞社に再配信することを禁じ、それ故、Associated Press 社からニュースの配信を受けるには Associated Press 社の会員になることが必要とされる状況において、既存会員と競合しない新聞社の入会は容易に認める一方で、競合する新聞社の入会に際しては既存会員の同意が無ければ認めないことを規定していた。当局は、Associated Press 社の定款に基づく一連の行為が、州際ニュース取引を制限する結合・共謀であり、当該取引分野の独占化を企図するものであるとしてシャーマン法 1 条および 2 条に基づき訴追した。連邦最高裁は、「シャーマン法は、独立した複数の事業者(independent businesses)が、彼らの競争者の売買機会を減殺するために共通の計画により『共謀者』となること(becoming “associates”)を厳に禁ずる」と述べ、更に「競争者に対して、そのような共同行為により為し得た結合体の構成員の成功は、構成員独自の進取性や賢明さに帰すことはできず(中略)、違法な結合体の共同支配力に帰する」と判示し、Associated Press 社の定款に

に対して違法な取引制限(シャーマン法1条)を適用するに際して、共同組合により支配され、排他的制約により管理され、入会を希望する競争相手に実質的な不利益を課すことができる「ある種の重要な施設(some important facility)」(すなわち、事実上のボトルネック(virtual bottleneck))の存在を認定したものと捉える。また、競争相手にとって、この不利益は致命的である必要はなく、当該施設は不可欠である必要もなく、共同組合が排他的に希少な資源を専有し、会員に対してその競争相手よりも有意な競争上の優位性を与えることで違法要件は満たされるとする⁷。

Neale は Associated Press 事件連邦最高裁判決において示された事案の状況をボトルネック状態と捉え、ボトルネック状態における違法性判断は、希少資源の専有と競争相手に対する相対的な競争優位性の認定により為し得ると説く。

<独占化行為に対するボトルネック理論の適用>

独占化行為に関して、Neale は Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決⁸や Lorain Journal 事件連邦最高裁判決⁹等を参照しつつ、市場において支配力を有する事業者は、たとえ意図

基づく共同行為は競争を制限し独占化を企図するものであるとしてシャーマン法1条および2条に違反するとした。本件に関しては Associated Press 社の市場支配力の大きさ、および同社が収集・集積・供給するニュースサービスの不可欠性が積極的に認定された点に EF 理論の先例としての意義が見出される。

⁷ Neale, supra note 4, at 68.

⁸ United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis., 224 U.S. 383 (1912), [hereinafter, 'Terminal Railroad']. 本件は複数の企業からなる結合体が事業遂行上不可欠とされる施設へのアクセスを拒絶した事案であり、シャーマン法1条および2条該当性が争われた事案である。本件で被告となった Terminal Company は、複数の鉄道・施設会社の結合により設立された共同会社であり、ミシシッピ川で隔てられたセントルイスと東セントルイスを結ぶ橋梁、フェリー、ターミナル等の施設を一元的に管理・運用していた。Terminal Company の専有する施設は、地理的に、川の対岸へのアクセスを必要とする多くの鉄道会社にとって不可欠なものであったところ、Terminal Company の構成員である鉄道会社には当該施設等の利用を許諾する一方で、構成員以外の鉄道会社に対しては当該施設等の利用を制限していたため、当局は Terminal Company の結合体は州際通商における自由な競争を制限し、独占化を図るものであるとしてシャーマン法1条および2条に違反するとして訴追した。 原判決(The State ex inf. Attorney-General v. Terminal Railroad Association of St. Louis., 182 Mo. 284 (1904).)は、セントルイスが人口的・産業的に見て世界有数の規模を誇る都市であり、セントルイスへのアクセスに要する施設を各鉄道会社が個々に敷設するには余りにも負担が大きく、貨物輸送、旅客輸送等の面で利便性を高めるために、単に鉄道施設を統合することは違法な結合ではないとして Terminal Company の行為を違法とは認めなかった。これに対し、連邦最高裁は「本件特有の物理的・地理的状况に鑑みれば、(Terminal Company が)これら施設を利用せざるを得ない状況にある者すべてに対して公平な代理人(impartial agent)とならない限り、このような統合された施設が州際通商を制限し障害となっていることは明らかである。」として、施設の排他的保有と制限的利用を意図した Terminal Company による施設の統合はシャーマン法1条と同2条に違反すると判示し、原審の破棄・差し戻しを行った。本件を構成する物理的・地理的状况は、被告企業により専有されている施設が他の事業者にとって事業遂行上不可欠な要素であることを明瞭に示しており、このような不可欠施設を専有する企業に取引義務を課した点に EF 理論の先例としての意義が見出される。

⁹ Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951), [hereinafter, 'Lorain Journal']. 本件は独占的事業者がその市場支配力を背景として取引先に競争者と取引しないよう働きかけることで競争者の排除を試みた「単独・間接の取引拒絶」の事案である。本件で被告となった Lorain Journal 社はオハイオ州ロレイン市において日刊紙の新聞出版事業を営む事業者であり、同社による日刊紙の発行部数1万3千部は市内販売世帯数の99%を占め、同社は「事実上の独占(substantial monopoly)」を享受していた。他方、ロレイン市に隣接するエリリア市にラジオ局である WEOL 社が設立されたところ、Lorain

しない不可避的な理由があるにせよ、反トラスト法の下では、支配力を濫用しないよう細心の注意を払う義務を負うとするのが判例の示すところであると述べ¹⁰、競争者が当該市場に参入した場合、当該支配的事業者は既存の供給先や顧客を拘束(‘tying up’ your established suppliers or customers)することにより、競争者が当該供給先や顧客に同等のアクセス(equal access)ができなくなることは避けなければならないとする¹¹。

さらに、鉄道やバスターミナル、或いは市場構造物といった何らかの物理的施設を専有する独占的事業者は、新たな競争者が当該施設と同等の施設を獲得し又は構築することが物理的に可能であると明確に示されない限り、当該競争者に非差別的な条件で当該施設を共用しなければならないと説く¹²。その際、違法性判断については、Associated Press 事件に対して説示したのと同様、当該施設が競争者にとって不可欠であることまでは求めず、アクセス拒絶により競争者が実質的に競争上の不利益を被ることで足りるとする¹³。但し、当該施設を共用しないことが能率に照らして合理的で通常の反応(it is on merits a reasonable and normal response to condition)であるとともに、競争者を排除したり妨害したりする目的や効果を伴わない(it has neither the effect nor the purpose of driving out or seriously impeding a competitor)場合に限り、アクセス拒絶という排他的な事業活動に対する違法推定を覆すことができると述べる¹⁴。

また、Neale は、「単独のボイコット(one-man boycotts)」(すなわち、単独・直接の取引拒絶)の違法審査に際して、裁判所が独占化の意図と目的(intent and purpose)を違法要件として重視してきたことは明らかであるとし¹⁵、複数企業による取引制限の合意と単独企業による排他行為との相違を考慮せず、誤った類推が為されること、すなわち、複数企業が共同してボイコットをする行為は当然違法(illegal *per se*)であり、それ故に、市場支配的企業

Journal 社は、多くの広告主がラジオ広告と新聞広告の双方を望んでいたこと、およびそのうちのいくつかの広告主にとっては新聞広告がロレイン地域で商売をする上で不可欠な広告媒体であることを了知しつつ、ラジオ局との競争の懸念を排除するためにラジオ局と契約した広告主および契約しようとしている広告主に対して新聞への広告掲載を拒絶し、また、ラジオ局との契約を解除・中止した場合にのみ新聞広告の契約を更新したため、当局は Lorain Journal 社のこれら一連の行為は独占化の企図に該当しシャーマン法 2 条に違反するとして訴追した。連邦最高裁は、Lorain Journal 社の世帯販売占有状況が 99%であることから「日刊紙の完全なる独占(complete daily newspaper monopoly)」であると捉え、この市場支配力を背景として、「同社の行為は多くの広告主にラジオ局との広告取引を断念せざるを得ないよう至らしめた」と認定した。そして、「同社の行為はロレイン地域の広告分野におけるラジオ局への顧客を減じさせ、当該分野における同社の独占を強化したのみならず、ラジオ局を破滅に追いやり排除すること(to destroy and eliminate)を意図したものである」と指摘し、「ラジオ局の排除により、同社はロレイン地域における全てのニュースと広告の取り扱いに関して、自動的に事実上の独占を取り戻すことになる」と述べ、Lorain Journal 社の行為は独占化を企図したものでありシャーマン法 2 条に違反すると判断した。本件に関しては Lorain Journal 社が提供する新聞広告がロレイン地域で商売をする広告主にとって不可欠な広告媒体であった点に EF 理論の先例としての意義が見出される。

¹⁰ Neale, *supra* note 4, at 131.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.* at 132.

による単独・直接の取引拒絶もどのような態様であれ当然違法であるべきとする見方は、意図という重要な要素を没却するものであると指摘する¹⁶。さらに、単独企業による直接的な取引拒絶にはビジネス上の様々な理由があるため、市場支配的企業は取引を望む全ての企業と取引する義務を負うと解するのは明らかに不可能であるとする¹⁷。そして、取引拒絶に対する抗弁として通常のビジネス上の理由(normal business reasons)を立証できない場合や、反対に、競争者を抑圧する目的についての証拠が示された場合、単独企業の直接的な取引拒絶は独占力の濫用として訴追可能であるとの見方を示す¹⁸。

このように、Neale は、市場支配的事業者であっても、単独・直接の取引拒絶は原則的に適法であり、正当化事由を具備せず競争者排除の意図・目的が認められる場合にのみ、例外的に市場支配力の濫用として違法認定されるとする。そして、この例外的な状況に関し、市場支配的事業者が物理的施設を専有する場合(すなわち、ボトルネック状態を構成する場合)にはこれを市場支配力の濫用として違法が推定されるとし、この局面で正当化事由を具備し競争者排除の意図・目的が認められない場合にのみ違法性が阻却される(すなわち適法である)とするものである。

よって、EF 理論の形成に寄与したとされる Neale においても被告に「独占化の意図・目的」が存在することを違法要件とする点において判例法と立場を同じくするものであり、単独・直接の取引拒絶は原則適法、ボトルネック独占は原則違法(但し、反証可能)としつつも、単独・直接の取引拒絶の一類型としてボトルネック独占を限定的に捉えているものと解される。

1-2. 公益事業アプローチ

Neale と同じく、EF 理論の形成に影響を及ぼしたとされるのが Sullivan である¹⁹。Sullivan は、希少な資源を有する者は顧客を不当に差別したり専横的であってはならないとする通念の存在を認め、その起源をコモン・ローに求めている²⁰²¹。そして、Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決、Associated Press 事件連邦最高裁判決、Otter Tail 事件連邦最高裁判決²²を参照しつつ、判例により確立されてきたルールは、適法に獲得された独占力の行使について、コモン・ローと同様の概念を適用しているとする²³。すなわち、希少な資源を有することにより適法に独占的地位を得た事業者は、顧客を排除し又は不利益を課

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

¹⁸ Id.

¹⁹ See, supra note 3.

²⁰ L.A. Sullivan, “Handbook of the Law of Antitrust”, 125 (1977), [hereinafter, ‘Sullivan’].

²¹ コモン・ローは、宿屋(innkeeper)や酒場(public house)、公益に関わる事業者(the business affected with a public interest)に供用義務を課していたとする(Id.)。

²² Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973), [hereinafter, ‘Otter Tail’].

²³ Sullivan, supra note 20, at 125.

す手段として当該希少資源を専横的・差別的に用いた場合、違法な独占化に該当し、合理的なアクセスを確保するために、規制法が公益事業を規制するのと同様、このルールは希少な資源の専有や自然独占を規制するものであると説く²⁴。

Sullivan は上記見解を「公益事業アプローチ(“public utility” approach)」と称しつつも、反トラスト法における特異な例外(special anomalies)と位置付ける²⁵。Sullivan によれば、規制に服す公益事業者に課される抑制力は大きく二つあり、ひとつは適正なサービスと非差別的なアクセスの提供義務(a duty to provide reasonable service and nondiscriminatory access)、そしてもう一つが合理的価格の設定義務(a duty to charge no higher than reasonable prices)であるとする²⁶。

そして、Sullivan の主張によれば、独占者が利潤最大化価格(profit maximizing prices)を付けることは制限されるべきものではないこと²⁷、また、競争は多くの要素を含み、価格設定や資源配分はそれらのうちの一要素に過ぎないこと、そして、イノベーションや新規参入の可能性が考えられること等を理由として、独占者に対しては合理的価格の設定を課すことこそが重要であり、これと非差別的なアクセスを命じることは区別されるとし、希少な資源を有する適法な独占者に対して公益事業者と実質的に同等のアクセス義務を適用する判例法のルールに懐疑的立場を示すとともに²⁸、非差別的なアクセス義務や価格強制は、競争がもたらす成果以上のものを生み出さないとの考えを提示する²⁹。

このように、Sullivan は、公益事業者に対するコモン・ロー上の非差別的なアクセス義務の概念を、反トラスト判例法は独占的事業者に対して適用してきたと指摘しつつも、公益事業者と独占的事業者とを区別し、競争を構成する要素の多様性や競争がもたらす効果の観点から、独占的事業者に対して非差別的なアクセスや価格を課すこととなる公益事業アプローチを適用すること自体には慎重な立場をとっているものと解される。

《小括》

以上より、Neale と Sullivan は、「ボトルネック理論」或いは「公益事業アプローチ」を

²⁴ Id.

²⁵ Id. at 126.

²⁶ Id.

²⁷ 例えば、特許権者(patent monopolist)の価格設定において、競争水準を超える価格(すなわち、利潤最大化価格)の設定を許容することにより、新たなイノベーションと参入が促される(Id. at 117)。また、裁判所が利潤最大化価格を規制し、合理的非独占的価格(reasonable non-monopoly price)を設定することは困難である(Id ; see also, Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, ‘Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act’, 88 Harv. L. Rev.697, 705-709 (1975)。

²⁸ Sullivan, supra note 20, at 126.

²⁹ Id. at 127-129.

展開することにより、希少な資源を専有する独占的事業者にアクセス義務を課すことの必要性や根拠について理論的枠組みを提供し、EF 理論の形成に有意な影響を及ぼしたものと認められる。

他方、Neale においては、先述のように、市場支配的事業者であっても、単独・直接の取引拒絶は原則的に適法であり、ボトルネック独占の状況下で正当化事由を具備せず競争者排除の意図・目的が認められる場合にのみ、例外的に市場支配力の濫用として違法が推定されるとしており、反トラスト法における独占化行為規制としてボトルネック理論の適用可能な局面を限定的に捉えている。また Sullivan においても、先述のように、競争を構成する要素の多様性や競争がもたらす効果の観点から、独占的事業者に対して非差別的なアクセスや価格を課すこととなる公益事業アプローチを独占化行為規制として適用することには慎重であるべきとの立場をとっている。

このように、EF 理論の基礎を提供したとされる Neal と Sullivan の何れもが、自説の理論を規制法理として適用することに限定的かつ慎重な立場をとっていたことには留意する必要があると思われる。

なお、両者の相違点としては、Neale がボトルネック理論を競争者排除の事案に対して適用する立場を示しているのに対し、Sullivan は競争者のみならず顧客等を排除する事案も含めて公益事業アプローチを適用する立場を示している。このことから、Neale の提示するボトルネック理論は違法領域をより限定的に捉えていると思料される。

第2節 米国下級審判例による EF 理論の形成

2-1. Hecht 事件連邦控訴裁判決(1977 年)³⁰

本件は、既存のアメリカン・フットボール・チームがスタジアムの運営管理会社を介して新規に参入を試みているフットボール・チームのプロモーターに対してスタジアムの利用を拒絶した事案であり、外形的には「単独・間接の取引拒絶」であって、本稿が検討の対象とする「単独・直接の取引拒絶」とは「他者を介する」という点で異なる類型である。しかしながら、当判決は、前記 Neale と Sullivan の提唱する規制法理を判旨の基礎として引用しつつ、不可欠施設に対するアクセス拒絶を規制する法理論を”Essential Facility Doctrine”と称して提示した最初の判決³¹であり、EF 理論の形成過程を探索する上で重要な判決であることから以下に分析する。

<事実の概要>

³⁰ Hecht, *supra* note 2.

³¹ *Id.* at 992. なお、当判決では今日一般的に表記される”Facilities”ではなく、”Facility”と表記している。

8 つのフランチャイズ・チームで構成されているアメリカン・フットボール・リーグ(以下、「AFL」という)が、1965 年までに 10 チームに拡大展開することを企図していたところ、Hecht がワシントン D.C を本拠地とした新たなフランチャイズ・チームのプロモーターとして AFL へ参画の意思表示を行い加盟の手続を進めていた。

他方、ワシントン D.C にはナショナル・フットボール・リーグ(以下、「NFL」という)のフランチャイズ・チームであるワシントン・レッドスキングス(以下、「レッドスキングス」という)が既に活動しており³²、本拠地のロバート F.ケネディー・スタジアム(以下、「RFK スタジアム」という)の使用権を排他的リース契約により専有していた³³。

AFL との協議において、Hecht が参画するにはレッドスキングスが使用している RFK スタジアムを使用することが必要であるとされ、Hecht は RFK スタジアムの管理会社でありレッドスキングスとの契約当事者でもある Armory Board 社(以下、「AB 社」という)に同スタジアムの共用を求めたが、AB 社はレッドスキングスとの排他的契約を理由に使用を拒絶した。

そこで、Hecht はレッドスキングスと AB 社による RFK スタジアムの使用に関する排他的リース契約はシャーマン法 1 条に違反する取引制限であり、また、同スタジアムの使用を拒絶することはワシントン D.C 地域におけるプロ・フットボール・ビジネスの独占化を図るものでありシャーマン法 2 条に違反するとして提訴した。

<連邦控訴裁判所の判断>

裁判所はまず、本件の地理的市場に関して、原告 Hecht が被告レッドスキングスとプロ・フットボールのチケット購入顧客を巡って有効な競争を展開するエリアはワシントン D.C 首都圏エリアであると認定し³⁴、米国内全域と捉えた原審³⁵の判断を覆して関連市場を狭く画定することにより被告が独占力を有しているとした。

次いで、裁判所は Grinnell 事件連邦最高裁判決³⁶を参照しつつ、シャーマン法 2 条の下で独占化を問うには独占力の保有に加え意識性(willfulness)または意図(intent)の存在を示す必要があるとし、本件における独占化の意図に関して、被告側の意識的な事業政策による独占力の維持を原告が論証したことにより、被告が独占化の意図を有していたとの推定が働くとし³⁷、被告は「強いられた独占(“thrust upon it”): 卓越した技術・先見性・勤勉さ、或いは自然独占状態の優位性によりもたらされる独占力(its power drives from “superior

³² AFL は NFL に対抗する形で 1960 年に新設されたプロ・フットボール・リーグであり、両リーグのチャンピオン・チームがスーパーボールで対決する運営形態を採っていたが AFL は 1970 年に NFL に統合された(NFL の公式ホームページより : <http://www.nfl.com/history>)。

³³ RFK スタジアムは内務省(Interior Department)が管轄し AB 社に運営委託されていた公営施設であり、AB 社とレッドスキングスとのリース契約期間は 1961 年から 1990 年までであった(Hecht, *supra* note 2, at 985)。

³⁴ Hecht, *supra* note 2, at 989.

³⁵ Norman F. Hecht, et al. v. Pro-Football, Inc., et al., 444 F.2d 931 (D.C. Cir. 1971).

³⁶ United States v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563 (1966)

³⁷ Hecht, *supra* note 2, at 990.

skill, foresight and industry” or from the advantage of natural monopoly conditions)」であることを証明することによりこの推定を覆すことができるとして被告側に立証(反証)責任があるとした³⁸。

また、原告 Hecht の主張を”essential facility” doctrine’として採り上げ、その主旨に関して「参入しようとしている競争者によって複製することが現実的に不可能な施設が存在する場合、当該施設の保有者は彼らに公正な条件(on fair terms)で共用する義務を負う。希少な施設を専有することは違法な取引制限である」と説示し³⁹、この理論は連邦最高裁判決に由来するとして Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決⁴⁰と Otter Tail 事件連邦最高裁判決⁴¹を参照する。また、『不可欠(“essential”)』というためには当該施設が絶対不可欠(indispensable)である必要は無く、施設の複製が経済的に実行不可能であり、当該施設の利用拒絶が潜在的な参入者に不利益を課す場合に要件は充たされる」とする⁴²。

そして、本件における EF 理論の適否に関して、下記 4 項目が明らかとなった場合、排他的リース契約は非合理的な取引制限でありシャーマン法 1 条に違反するとの Hecht の主張は正当なものであるとの判断を行った。すなわち、

- I : RFK スタジアムの使用はワシントンにおけるプロ・フットボール・チームの運用に際して不可欠であること。
- II : そのような施設が潜在的競争者によって複製することが現実的に不可能であること。
- III : レッドスキングの使用を制限することなくレッドスキングが不在の場合に他のチームが RFK スタジアムを使用することが可能なこと。
- IV : 排他的リース契約が潜在的競争者によるスタジアムの公平な共用を妨げるものであること。

但し、この理論は限られた範囲で慎重に適用されるべきであるとし「そのように(不可欠施設を)共用することが非現実的であるか、或いは、顧客に対して適切にサービスを提供するための被告側の能力を阻害することになるような場合、反トラスト法は当該施設を共用することを要求するものではない」との見解も示した⁴³。

そのうえで、本件に関する審理を尽くすべく下級審に差し戻した。

<検討>

本判決は、本件固有の事案に即した形ではあるものの、後に MCI 事件連邦控訴裁判決で定立される「EF 理論の 4 要件」⁴⁴とほぼ同等の内容を I ～IVにて提示し⁴⁵、違法審査の枠

³⁸ Id. at 991.

³⁹ Id. at 992 (quoting Neale, supra note 4, at 67; also quoting Sullivan, supra note 20, at 125).

⁴⁰ Terminal Railroad, supra note 8.

⁴¹ Otter Tail, supra note 22.

⁴² Hecht, supra note 2, at 992.

⁴³ Id. (quoting Neale, supra note 4, at 131).

⁴⁴ MCI 事件連邦控訴裁判決において、EF 理論を適用するには、(i)不可欠施設が独占者によって支配されていること、(ii)競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的であること、(iii)(独占者が)競争者に当該施設の使用を拒絶していること、(iv)(独占者が競争者に対して)当該施設を供用する

組みを示している点に先例としての有意な意義が認められる。

もっとも、本判決では上記Ⅰ～Ⅳの要件が満たされた場合、競争への影響として、希少な資源へのアクセスが閉ざされることにより取引制限的状态がもたらされることを違法視し、また、本件ではレッドスキングと AB 社との間で交わされたスタジアムの排他的リース契約が共同行為としての性格を伴うことから EF 理論の適用問題をシャーマン法 1 条上の問題として捉えている。

他方、後の判例の幾つかは、本判決を EF 理論に「当然違法の原則(per se rule)」を適用した判例として参照しているが⁴⁶、本判決はシャーマン法 1 条の観点から 4 つの要件が認められた場合に EF 理論を構成し、違法を推定するとの立場を採るものの、被告側に反証の機会を認めるものであり、判旨の構成としてはむしろ「合理の原則(rule of reason)」に従うものと解される。本判決が引用する Neale もボトルネック独占は原則違法としつつ正当化事由が認められる場合には適法とする立場を採るものであり、本判決が EF 理論を当然違法の原則として採用したとは解し難い⁴⁷。

また、本判決は EF 理論を上記のようにシャーマン法 1 条に対する違法審査のアプローチ手法として援用しつつも、シャーマン法 2 条上の論点に対しては別途 Grinnell 事件連邦最高裁判決が示した違法要件である「独占化の意図」の有無を問題としており⁴⁸、この立場は、違法性判断に際して「独占化の意図・目的」の存在を客観的証拠によって論証することを求めてきたこれまでの連邦最高裁の立場と一致する。

なお、本件判決では独占化の意図に対する抗弁として、自然独占のような「強いられた独占」を正当化事由として求めている点が注目される。

2-2. MCI 事件連邦控訴裁判決(1983 年)⁴⁹ 【Type Y】

本判決は、地域通信網を支配する AT&T 社が競争者として長距離通信市場に新規参入してきた MCI 社に対して当該地域通信網へのアクセスを拒絶した事案である。

ことが可能であることが要件として示され、これら 4 要件定立の基礎となった判例として Hecht 事件連邦控訴裁判決が引用されている(MCI, *supra* note 2, at 1132-1133)。

⁴⁵ 但し、Ⅲの要件において Hecht 事件連邦控訴裁判決が物理的な利用可能性のみを問題としていると思われるのに対し、MCI 事件連邦控訴裁判決はこれに該当する(iv)の要件において正当化事由をも含めた利用可能性(利用させることができないビジネス上の理由の有無)を問題としていると考えられる(詳細は後述)。

⁴⁶ See, e.g., *Fishman v. Wirtz*, 1981-2 Trade Cas. (CCH) P64, 378, at 74; *Venture Technology, Inc. v. National Fuel Gas Co.*, 1980-81 Trade Cas. (CCH) P63, 780, at 78.

⁴⁷ 同様に本判決が当然違法の原則を採用したと捉えることに否定的な立場をとるものとして Daniel E. Troy, 'Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine', 83 Colum. L. Rev. 441, 456 (1983), [hereinafter, 'Troy'].

⁴⁸ なお、判決は注釈において、EF 理論は Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決や Otter Tail 事件連邦最高裁判決の観点からシャーマン法 2 条の独占化に対しても適用可能であるとしつつ、本判決で EF 理論をシャーマン法 2 条の適用問題としなかったのは原告 Hecht が被告の独占化行為を EF 理論の観点から争わなかったことによるとも付言するが、独占化の要件と EF 理論の関係については明らかにしていない(Hecht, *supra* note 2, at 993 n44)。

⁴⁹ See, MCI, *supra* note 2.

また、本判決は、EF 理論を構成するための要件を、4 つの一般化された要素で定立した判決であり、後の多くの判例・学説が本判決を参照する。事案における争点としては略奪価格や抱き合わせ等多岐にわたるが、本稿との関連では接続拒絶(denial of interconnections)に対する判断が重要であり、以下に概観する。

<事実の概要>

被告 AT&T 社は米国における長距離通信およびその交換設備網を実質的に支配しており、また地域通信網へのアクセスも支配していた。原告 MCI 社は連邦通信委員会(Federal Communication Commission : 以下、「FCC」という)の「特定公益通信事業者(Specialized Common Carrier)」の認可を受けて長距離通信事業へ参入し、長距離通信ターミナル設備の建設を進めるとともに、当該ターミナルと顧客とを接続する上で AT&T 社の有する地域通信網へのアクセスが不可欠であったところ、FCC より AT&T 社における既存の接続料金体系で同社の有する地域通信網へのアクセスを受けることの認可を得た。

しかし、AT&T 社は FCC の意向に応じず、MCI 社と AT&T 社との直接交渉が難航するなかで、MCI 社は AT&T 社に対して i)AT&T 社は地域通信網へのアクセスを違法に拒絶しており、ii)ベル・システム社(AT&T 社の子会社)により提供される地域通信網への接続料金は不当に高く差別的であるとともに、iii)ベル・システム社による地域通信網の提供遅延や不適切な設備工事、および不適切なメンテナンスや種々の対応不備により不利益を被っていることを問題点として指摘した。

これに対し、AT&T 社は、MCI 社への接続は適切に行われており、接続料金は公平で妥当であると主張したため、MCI 社は FCC や裁判所に救済を求めた。

その後、MCI 社は FCC や裁判所から接続命令やインジャンクションを得ることにより状況を打開したが、MCI 社の事業運営は困難を強いられたため、AT&T 社に対して接続拒絶を含む 22 の行為についてシャーマン法 2 条および 1 条に反する違法があったとして逸失利益の損害賠償を求めて提訴した。

<連邦控訴裁判所の判断>

裁判所は、これら全ての行為は MCI 社に損害を与えるために AT&T 社により遂行されたものであり、MCI 社の成功にとって不可欠な施設を通じて為された AT&T 社の独占力の濫用(an abuse of AT&T's monopoly power over facilities essential to MCI's success)であると認定した⁵⁰。

その上で、このような状況下における独占者の取引拒絶は、いわゆる不可欠施設の法理(so-called essential facilities doctrine)を構成するとの立場を示すとともに、独占者による不可欠施設の支配は、ある市場から別の市場に独占力を拡張することを可能にするため、

⁵⁰ Id. at 1132.

不可欠施設に対する拒絶は違法となり得ると述べ⁵¹、Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決等を参照しつつ、反トラスト法は不可欠施設を支配する企業に当該施設を非差別的に(on non-discriminatory terms)利用できるよう義務を課してきたとの立場を示した⁵²。

さらに、Hecht 事件連邦控訴裁判決等を引用しつつ、判例法は不可欠施設の法理の下で取引義務を成立させる上で、以下の 4 つの要件を課してきたとする⁵³。すなわち、

- (i) 独占者によって不可欠施設が支配されていること
- (ii) 競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的であること
- (iii) (独占者が) 競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶していること
- (iv) (独占者が競争者に対して) 当該施設を供用することが可能であること

そして裁判所は、本件において(i) AT&T 社は MCI 社の長距離通信事業にとって不可欠な地域通信網を完全に支配しており、(ii) MCI 社が地域通信網を複製することは不可能であり、また規制当局もそのような非経済的な複製を求めておらず、(iii) AT&T 社は不可欠施設への接続が可能であるにも関わらず拒絶しており、(iv) AT&T 社による接続拒絶についてビジネス上又は技術上の正当化事由が示されていないとして 4 要件の充足を認め、不可欠施設の法理を成立させることにより AT&T 社が取引義務を負うとの結論を示した⁵⁴。

なお、本判決は一般論として事業者はその競争者に対して取引義務を負わないことを確認しつつ、例外的に裁判所がシャーマン法 2 条の下で独占者に対して全ての者と非差別的に取引する義務を見出してきた状況があるとし、このような状況の一つが独占者の支配する「不可欠役務(“essential service”)」⁵⁵ないし「ボトルネック(“bottleneck”)」であるとする⁵⁶。そして、不可欠施設の法理が適用されるには相手方が競争者である場合に限られるとも付言する⁵⁷。

<検討>

⁵¹ いわゆるレバレッジ効果の違法性に言及するものであるが、本判決は、Otter Tail 事件連邦最高裁判決に関して、Otter Tail 社の電力託送市場における市場支配力が電力小売市場の独占に「てこ」として用いられたとの解釈を与え、Otter Tail 事件におけるレバレッジ効果の反競争性を説いている(Id. at 1133)。

⁵² Id. at 1132.

⁵³ Id. at 1132-1133.

⁵⁴ Id. at 1133.

⁵⁵ Id. at 1148. ここで、「不可欠役務(essential service)」という語句と「不可欠施設(essential facilities)」という語句とが同じ主旨で用いられている点が注目される。EF 理論の適用対象に関して「施設(facilities)」の解釈を巡って有形施設に限定されるのか否かといった議論が見受けられるが、EF 理論の 4 要件を定立した本判決において「役務(service)」と「施設(facilities)」とが同義に解されていることから、当時、既に裁判所は EF 理論の適用対象を有形の施設に限定しない立場を採っていたものと解される。

⁵⁶ Id.

⁵⁷ 判決は注釈にて「潜在的な売り手と推定上の買い手の間に競争関係が無い場合、不可欠施設の法理を適用する余地は無い(in the absence of competition between a potential seller and a putative buyer, there is no room to apply the essential facilities doctrine)」との見解を示しつつ、本件の場合、AT&T 社と MCI 社は長距離電話サービス分野で直接的な競争関係(in direct competition)にあるとの認定を行っている。(Id. at 147 n 100)。

本判決は EF 理論の定式化を行うにあたり前掲の Hecht 事件連邦控訴裁判決を引用しており、両判決は強い相関を有している。また、両判決は共に独占的事業者が不可欠な施設を専有・支配し、競争者が当該不可欠施設を複製することが困難な状況にある等の共通点がある一方で相違点も見受けられる。

まず、Hecht 事件連邦控訴裁判決がシャーマン法 1 条違反を認定するための法理論として EF 理論を立論しこれを適用したのに対し、本判決はシャーマン法 2 条違反を認定するための法理論として EF 理論を立論しこれを適用していることが指摘される。具体的には、シャーマン法 2 条違反を認定する上で、Hecht 事件連邦控訴裁判決は EF 理論によってではなく、あくまで Grinnell 事件連邦最高裁判決が示した違法要件に基づき、「独占化の意図」の有無を正当化事由の有無により判定し違法認定するアプローチを採るのに対し、本判決は「独占化の意図」と正当化事由による抗弁⁵⁸というプロセスを EF 理論の要件 iv に取り込み⁵⁹、EF 理論の 4 要件の成立/不成立をもって違法/適法を判断するアプローチを採っている⁶⁰。故に、本判決の示す EF 理論は、Hecht 事件連邦控訴裁判決においてシャーマン法 1 条の観点から定立された EF 理論とは異なり、シャーマン法 2 条の観点から「独占化の意図」の違法要件を包摂する形で 4 つの要件に再構成したものと解される。

また、本稿の分析によれば、本判決が提示する EF 理論の 4 要件とこの当時の判例法上のシャーマン法 2 条違反要件との関係については、不可欠施設が支配され、且つ、当該不可欠施設と同等の施設を複製することが困難である場合には Grinnell 事件連邦最高裁判決にいう「関連市場における独占力の保有」（以下これを「Grinnell 基準の第一要件」という）を認定することが可能であると解され、さらに、当該不可欠施設が供用可能であるにもかかわらず、その使用を拒絶している場合には Grinnell 事件連邦最高裁判決にいう「独占力の意識的な獲得又は維持」（以下、これを「Grinnell 基準の第二要件」という）を認定することが可能であると解され、この場合、要件 i および ii が Grinnell 基準の第一要件に相当し、要件 iii および iv が Grinnell 基準の第二要件に相当するものと考えられる。従って、本判決が提示する EF 理論の 4 要件は、当該 4 要件の充足をもってシャーマン法 2 条の違法要件(す

⁵⁸ 判決では、被告 AT&T がビジネス上または技術的な正当化事由を示していないとする一方で、原告 MCI は証拠により技術的かつ経済的に AT&T が接続可能であることを示しており、AT&T の接続拒絶は独占化に該当するとしている。なお、何が「ビジネス上または技術的な正当化事由」として考慮されるかに関し、判決は先例を参照する形でキャパシティの限界や相手方の財務的不安定さを例示する(MCI, *supra* note 2, at 1133; see also, *Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc.*, 194 F.2d 484, 487-488 & n.3 (1st Cir. 1952))。

⁵⁹ すなわち、当該施設を供用することが物理的に可能であるとしても、事業上又は技術上の正当な理由がある場合には、EF 理論に基づく義務が成立しないことを意味する(See, Pitofsky, et al., ‘The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law’, 70 Antitrust L.J. 443, LEXSEE page 6 (2002), [hereinafter, ‘Pitofsky, et al.’]).

⁶⁰ 本判決では、シャーマン法 2 条違反を認定する上で、Hecht 事件連邦控訴裁判決のように、別途 Grinnell 事件連邦最高裁判決を参照するような形で「独占化の意図」についての審査は行われていないものの、「独占者の競争者に対する取引拒絶は、競争を減殺する違法な意図の証拠となる」と述べ(MCI, *supra* note 2, at 1148)、判旨の基礎として Colgate 事件連邦最高裁判決(*United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300(1919)), Southern Photo 事件連邦最高裁判決(*Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U.S. 359(1927)), および Lorain Journal 事件連邦最高裁判決(Lorain Journal, *supra* note 9)を参照する。

なわち、Grinnell 基準の第一要件および第二要件)を充足するとの理論構成を採るものと思料される。

次に、EF 理論の適用により被告に課される取引義務に関して、Hecht 事件連邦控訴裁判決が公正な条件(on fair terms)を求めるのに対し、本判決は非差別的な条件(on non-discriminatory terms)を求めている。前者は競争者に対して差別的な取引条件を適用することを必ずしも否定していないのに対して、後者はこれを違法視するものであり、より厳格で画一的な規制枠組みを志向するものと考えられる。

2-3. EF 理論の 4 要件に対するその他下級審の動向

前記 Hecht 事件連邦控訴裁判決と MCI 事件連邦控訴裁判決をリーディングケースとして、1980 年代以降、独占的事業者による取引拒絶に対して EF 理論適用の可否を巡って多数の訴訟が提起されるに至るが、EF 理論の 4 要件がどのように解釈され「法理」として展開されたのか以下に整理・検討する。

第 1 要件：「独占者によって不可欠施設が支配されていること」について

ここでは専ら施設の「不可欠性」が争点となっており、競争者が当該施設へのアクセスを通じてのみ関連市場で有効な競争を展開することが可能である場合(すなわち、競争的活力(competitive viability)にとって重要である場合)、当該施設を「不可欠」とする見方がなされている⁶¹。例えば、Aspen 事件連邦控訴裁判決⁶²において、裁判所は「スキー場は利用者が隣接する広いゲレンデにアクセスできない限り競争的に存在し得ないため、これらゲレンデへのアクセスは不可欠施設となる」⁶³との立場を示し不可欠性を認定した⁶⁴。また同様の観点から不可欠性を否定したものとして、McKenzie 事件連邦控訴裁判決⁶⁵において、裁判所は「医師は多くの患者を自分の医院やオフィスで診察できるため、病院施設へのアクセスは医師の競争的生存にとって不可欠ではない」⁶⁶との判断を示した。これらは何れも競争的状态の確保にとって当該施設が重要か否かという観点から不可欠性を判定する立場をとるものと解される⁶⁷⁾⁶⁸。

⁶¹ See, ABA, “Antitrust Law Developments 6th ed.”, 263 (2007), [hereinafter, ‘ABA 6th’].

⁶² Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d 1590 (10th Cir. 1984).

⁶³ Id. at 1520-1521.

⁶⁴ なお、本件上告審である連邦最高裁判決では EF 理論を適用せずに被告の違法を認定した(See, Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985), [hereinafter, ‘Aspen’]).

⁶⁵ McKenzie v. Mercy Hospital 854 F.2d 365 (10th Cir. 1988).

⁶⁶ Id. at 370.

⁶⁷ これらの他に例えば、Alaska Airlines 事件控訴裁判決では「施設を支配することが川下市場において競争を排除する力を獲得することとなる場合にのみ当該施設は不可欠となる」と説示され(Alaska Airlines v. United Airlines, 948 F.2d 536, 544-45 (9th Cir. 1991), [hereinafter, ‘Alaska Airlines’]), TCA Bldg 事件判決では「不可欠施設は絶対不可欠(indispensable)である必要は無いが、アクセス拒絶が潜在的参入者にとって不利益を課すものでなければならない」との見解が示されている(TCA Bldg. Co. v. Northwestern Res. Co., 873 F. Supp. 29, 39 (S.D. Tex. 1995)).

またこの見方は、当該施設が相手方である「競争者」にとって競争的な事業を展開する上で不可欠か否かを判定するものであり、競争関係にない「顧客」にとっての不可欠性を考慮するものではない。よって、第1要件はEF理論の適用対象を「競争者」に限定する立場を明らかにするものであると思料される。

第2要件：「競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的であること」について

Fishman 事件連邦控訴裁判決⁶⁹は、「(競技場は)過剰な経済支出無くして重複して建設することはできず、そのように重複して建設することは取引の大きさに照らして非合理的である」⁷⁰として、MCI 事件連邦控訴裁判決同様、競争者が現実的又は合理的に不可欠施設を複製できない場合をEF理論の第2要件をとして定位した。これに対し、原告がある施設にアクセスすることが単に他の代替策に比べてより経済的であるというだけで提訴するのは不十分であるとの見方があり⁷¹、多くの判例がこれに同調する。例えば、Weider Health & Fitness 事件連邦控訴裁判決⁷²では「『不可欠』であることを示すためには、原告は不自由(inconvenience)或いは経済的損失(economic loss)以上のことを示さねばならない。また、原告は当該施設に対する代替策が実現不可能であることを示さねばならない」⁷³と説示し、Alaska Airlines 事件連邦控訴裁判決⁷⁴は「アクセス拒絶は競争者に単に財務的負担を強いるに止まるものであり、彼ら競争者を『排除(“eliminate”)』するものではないため不可欠施設を根拠とする請求は棄却される」⁷⁵との判断を行った⁷⁶。

なお、この見方は、かつて Neale が提唱したボトルネック理論において、ボトルネック

⁶⁸ 例えば、Paladin Assocs 事件控訴裁判決では「川下市場におけるガスの顧客は被告のシステム(ガスパイプラインと貯蔵施設)以外からもガスの供給を受けることができるため、当該ガスパイプラインと貯蔵施設が不可欠施設であるという請求は棄却される」と判断され(Paladin Assocs. v. Montana Power Co., 328 F.3d 1145, 1162-1163 (9th Cir. 2003))、Blue Cross & Blue Shield United 事件控訴裁判決では「被告の医院は関連市場において 50%未満の支配力しかないため、当該医院へのアクセスは不可欠ではない」と認定された(Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406, 1413 (7th Cir. 1995), [hereinafter, 'Blue Cross'])。但し、これら代替性やシェアに着目した判例も関連市場における競争機能の有効性を審査するものであり、「競争状態の確保」と同じ観点に立つものであると解される。

⁶⁹ Fishman v. Estate of Wirts, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986)。本件は、プロモーターである Fishman がシカゴを本拠地とする全米バスケットボール協会(NBA)所属チームの Chicago Bulls とフランチャイズ契約の同意を得たところ、Chicago で唯一の競技施設を有する Wirts が Fishman に対して当該競技施設のリースを拒絶したため Fishman が施設の供用を求めて訴訟を提起した。

⁷⁰ Id. at 540。なお、Fishman が Bulls とのフランチャイズ契約に要する費用は 330 万ドルであるのに対し、新たに競技場を建設するには 1,900 万ドルを要すると見積もられた。

⁷¹ See, ABA 6th, supra note 61, at 264.

⁷² Twin Labs. v. Weider Health & Fitness, 900 F.2d 566 (2nd Cir. 1990).

⁷³ Id. at 570.

⁷⁴ See, Alaska Airlines, supra note 67.

⁷⁵ Id. at 544-546.

⁷⁶ この他にも、例えば Midwest Gas Servs 事件連邦控訴裁判決では「最短のルートで顧客に提供できるという理由をもって、当該天然ガスパイプラインを不可欠施設であると主張する請求は棄却される。なぜならば、他のルートが代替策として実現可能である場合、最も経済的なルートは不可欠施設とはならないからである」との見解が示されている(Midwest Gas Servs. v. Indiana Gas Co., 317 F.3d 703, 714 (7th Cir. 2003))。

独占の違法要件をアクセス拒絶により競争者が不利益を被ることで足りるとした水準よりも厳格であり⁷⁷、裁判所が EF 理論の適用範囲を縮減する方向で展開していたことがうかがえる。

第 3 要件：「(独占者が)競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶していること」について

下級審では、不可欠施設に対する「アクセス料金の合理性(the rate's reasonableness)」や「アクセスの選好態度(the preferred manner of access)」が「拒絶(denial)」の概念を巡って争われている⁷⁸。まず、アクセス料金の合理性については競争の視角から捉えた合理性であって、原告にとっての合理性ではないとされる⁷⁹。また、原告の請求が不可欠施設へのアクセスに関する選好態度を問題とするような場合、当該請求は支持されない。例えば、Paladin Assocs 事件連邦地裁判決⁸⁰において、裁判所は「原告が被告の貯蔵施設に対して他の運送業者よりも優先的なアクセスが得られなかったことはアクセス拒絶として認められない」と判示し⁸¹、アクセス権の劣後者はたとえ十分とは言えないまでも不可欠施設にアクセスを確保している限り、EF 理論上の被拒絶者に該当しないとの立場を示した^{82/83}。

このように EF 理論における「拒絶」の概念を巡ってはアクセス料金の合理性やアクセスの選好態度が問題となり得るが、前者については被拒絶者の観点ではなく競争の観点から合理性が判断され、後者についてはアクセス権の優先劣後により劣後者に不利益が生じたとしても、不可欠施設へのアクセスが確保されている限り、EF 理論上の問題として捉えないとの立場がうかがえる。

第 4 要件：「(独占者が競争者に対して)当該施設を供用することが可能であること」について

⁷⁷ Neale のボトルネック理論については本章 第 1 節 1-1.を参照。

⁷⁸ See, ABA 6th, supra note 61, at 265.

⁷⁹ 例えば、「原告が実際に不可欠施設を使用している状況において、単に被告が原告に対して契約条件を上回る料金を課した事実をもってシャーマン法 2 条の請求は基礎付けられない」と説示され(Ideal Daily Farms v. John Labatt, Ltd., 90 F.3d 737 (3rd Cir. 1996))、また、「ある企業に特別な条件で不可欠施設がライセンスされている状況において、少なくとも当該企業の競争者が同様の特別な条件を得ることを巡って交渉を試みていない限り、当該競争者による請求は支持されない」との見解が示されている(Illinois Bell Tel. Co. v. Haines & Co., 905 F.2d 1081, 1087-1088 (7th Cir. 1990))。これら判決は、EF 理論におけるアクセス料金の合理性に関して、被拒絶者である原告にとって合理的か否かではなく、競争にとって合理的か否かを問題としている立場を示すものと言えよう。

⁸⁰ Paladin Assocs. v. Montana Power Co., 97 F. Supp. 2d 1013, (D. Mont. 2000).

⁸¹ Id. at 1038.

⁸² 同様の見方をした判例として、Cyber Promotions 事件連邦地裁判決は、被告 America Online 社の迷惑メールを遮断するシステムは EF 理論に基づいてアクセス拒絶ではないと判断した。本件では原告 Cyber Promotions 社が提供する e-mail を America Online 社の加入者が閲覧するにはシステム上で認証手順を経由することが必要とされており、Cyber Promotions 社は遮断解除の認証手順はアクセス拒絶であると主張したが、裁判所はアクセスの選好に関する問題でありアクセス拒絶ではないとの判断を行った(Cyber Promotions. v. America Online, Inc., 948 F. Supp. 456 (E.D. Pa. 1996))。

⁸³ なお、近時の判例では州や連邦の当局がインフラへのアクセスを義務付けているような場合は EF 理論の適用の余地は無いとの判断を行ったものがある(Covad Communs. v. BellSouth Corp., 374 F.3d 1044, 1050 (11th Cir. 2004))。

この要件に関しては、物理的に利用が不可能な場合と、物理的には利用可能であっても利用させることができないビジネス上又は技術上の正当な理由(正当化事由)が存在する場合にはアクセス拒絶の抗弁となり得る。前者に関しては不可欠施設の許容能力(capacity)の観点から、例えば、石油パイプラインの送油能力の限界を認め、追加的な送油の拒絶を適法と判断した判決⁸⁴や、ゴルフ人口の増大やプロ・ゴルフ協会への入会希望者が増大する一方で、トーナメントに参加する機会やゴルフ場に制約があるため、プロ・ゴルフ協会への入会を拒絶したことには合理的理由があるとして違法性を否定した判決⁸⁵がある。また、後者に関しては、被拒絶者の支払い能力(ability to pay)⁸⁶や既存顧客へのサービス低下(interference with service of other customers)⁸⁷、或いは公共の利益(public interest)⁸⁸といった観点からアクセス拒絶の違法性は斥けられるとした判決がある。

第4要件に関する判例上の論点は後者の正当化事由の存否にあると推察され⁸⁹、「物理的には利用可能であっても利用させることができない理由」が合理的で適法な抗弁と認定し得るか否かを審査するものであり⁹⁰、このことはすなわち客観的証拠の有無により「独占化の意図・目的」の存否(および、Grinnell 基準の第二要件該当性)を判断するものと解され⁹¹、EF 理論を自己完結的な違法性判断基準と捉える立場を示すものと思料される。

《小括》

このように、Hecht 事件連邦控訴裁判判決や MCI 事件連邦控訴裁判判決における要件定立により形成の途についた EF 理論であるが、以上の下級審諸判例の展開状況から、被拒絶者たる原告から拒絶者たる被告への EF 理論を根拠としたアクセス請求に対して、裁判所は審査の分析視角を競争者の救済ではなく競争状態の確保に置き、被告側の正当化事由の抗弁に配慮しつつ、EF 理論の適用範囲を限定的に捉え、同理論をあくまで謙抑的に運用することを志向してきたものと解される⁹²。

⁸⁴ Venture Technology, Inc. v. National Fuel Gas Co., 1980-81 Trade Cas. (CCH) P63, 780, at 78, 155-56 (W.D.N.Y. 1981).

⁸⁵ Deesen v. Professional Golfers' Association of America, 358 F.2d 165 (9th Cir. 1966).

⁸⁶ See, Official Airline Guides, Inc. v. FTC, 630 F.2d 920 (2nd Cir. 1980).

⁸⁷ See, United States v. American Tel & Tel. Co., 524 F. Supp. 1336 (D.D.C. 1981).

⁸⁸ 例えば、電気通信事業等の規制産業においては、安定供給といった信頼性維持のための接続拒絶は公共の利益の観点から正当化事由となり得る(See, Southern Pacific Communications v. AT&T Corp., 740 F.2d 980 (D.C. Cir. 1984)).

⁸⁹ 例えば、American Bar Association(米国法曹協会)は EF 理論の第4要件に関するアクセス拒絶の抗弁として正当化事由の認定を論点とした検討を展開している(See, ABA 6th, supra note 61, at 266.).

⁹⁰ 不可欠施設を供用することの実現可能性に関する審査(すなわち、物理的には利用可能であっても利用させることができない理由の合理性・適法性に関する審査)にあつては事実認定が重要であるとされ(Id)、また、このことは独占化の意図の認定において客観的証拠(objective evidence)を重視すべきとする Hovenkamp の見解に整合的である(See, Hovenkamp, supra note 1).

⁹¹ この点に関しては本章2-2. MCI 事件連邦控訴裁判判決にて検討した。

⁹² このように米国の裁判所が EF 理論を限定的・謙抑的な運用に止めている理由として、第一に米国では企業の取引先選択の自由が尊重され EF 理論に基づく取引強制に消極的であること、第二に EF 理論によ

また、MCI 事件連邦控訴裁判決において定立された EF 理論の 4 要件は、訴訟上の争点を 4 つの観点に集約した点に積極的な意義が見出せ、また、当該 4 要件の充足をもって当時のシャーマン法 2 条違反要件(Grinnell 基準の第一要件および第二要件)を充足するとの理論構成により自己完結的な違法性判断基準として機能することを企図したものと解されるが、EF 理論の審査のプロセス自体は被告に反証の機会を認める点において「当然違法の原則」ではなく、むしろ「合理の原則」に従う判断枠組みであると解されよう。

第 3 節 EF 理論に対する学説の反応

米国下級審裁判所により形成・展開されてきた EF 理論に対して、学説の反応は、限定的ではあるが「適切に機能している」と比較的肯定的な見解⁹³もあれば、「有害かつ不要」と唱える否定的な見解⁹⁴もあり一様ではない。以下に、これら学説を俯瞰しつつ、EF 理論の違法性判断基準としての適用可能性や限界について分析・検討する。

3-1. EF 理論に対する肯定的な見解

< Pitofsky の見解⁹⁵ >

Pitofsky によれば、米国の裁判所は現実の独占的支配の事案に直面した際に EF 理論の適用に必ずしも消極的ではなかったとし、「限定的な状況(qualifying condition)」⁹⁶において慎重に適用されるべきであるとの合意形成が図られてきたと解する一方で、EF 理論を放棄すべきとするような立場は示されていないと説く⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾⁹⁹。

って取引義務が課される場合、投資意欲が減退する懸念があること、第三に EF 理論によって取引義務を課す場合、価格等の取引条件への介入が必要となるが、米国の裁判所は取引条件に介入することに消極的であることが指摘されている(滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策〔第 4 版〕』青林書院(2010 年)251 頁)。

⁹³ See, e.g., Pitofsky et al., supra note 59, at 16.

⁹⁴ See, e.g., Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law IIIA 2nd ed.”, ¶ 771c (2002), [hereinafter, ‘Areeda & Hovenkamp’].

⁹⁵ See, Pitofsky et al., supra note 59. なお、Pitofsky は 1995 年から 2001 年まで連邦取引員会(Federal Trade Commission: FTC)の長官を務め、当論文を著した 2002 年当時は Georgetown University Law Center の教授の職にあった。

⁹⁶ ここにいう「限定的な状況」とは MCI 事件連邦控訴裁判決で示された「EF 理論の 4 要件」を充足する状況を指している(Id. at 5)。なお、Pitofsky は「限定的な状況」と同主旨の用語で「特別な状況(extraordinary circumstances)」、或いは「例外的な状況(exceptional circumstances)」との形容を用いており、EF 理論の適用場面が極めて限定的であることを強調している。

⁹⁷ Id. at 1. もっとも、米国の裁判所は「事業者はその競争者と取引する義務を負わない(a firm has no obligation to deal with its competitors)」という歴史的に永らく承認されてきたルールを原則とし、EF 理論をその例外と位置付けているとも付言する(Id. at 2)。

⁹⁸ また、EF 理論の適用を否定した判例は、事実認定で違法性を否定したものであり、EF 理論自体を否定したものではないとする(Id. at 7; see, e.g., Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346, 1356 (Fed. Cir. 1999))。

⁹⁹ 判例の立場としては、近時の Trinko 事件連邦最高裁判決において、「これまで連邦最高裁は EF 理論を

また、EF 理論の形成に寄与した連邦最高裁判例として *Terminal Railroad* 事件連邦最高裁判決¹⁰⁰、*Associated Press* 事件連邦最高裁判決¹⁰¹、*Lorain Journal* 事件連邦最高裁判決¹⁰²、そして *Otter Tail* 事件連邦最高裁判決¹⁰³を掲げ、これら判決により EF 理論は独占的事業者による取引拒絶に対してシャーマン法 2 条に違反する独占化行為としての本来的な責任 (potential liability)を与えたとする¹⁰⁴。

そして、EF 理論は、不可欠施設により独占力を獲得した企業が、実存の競争者又は潜在的な競争者を違法に排除し、或いは独占力を当該市場から別の市場に拡張することを防ぐことを目的とするものであり、このことは、競争を確保し促進することを目的とする米国反トラスト政策と軌を一にするものであるとの認識を示す¹⁰⁵。

その上で結論として、施設が真に不可欠で、アクセス拒絶の反競争効果が極めて大きく、ビジネス上の正当化事由が示されていない場合(或いは、競争者を害する特別な意図の証拠が示された場合)、裁判所による EF 理論の適用は首肯されるとの立場を示し¹⁰⁶、下級審においては慎重かつ限定的ではあるが適切な形で EF 理論は適用されてきたと説く¹⁰⁷。

<Troy の見解¹⁰⁸>

同様に、Troy も EF 理論を肯定的に捉える論者の一人である。Troy は反競争性を明確に立証できない合法的な独占者による取引拒絶に対しては「当然違法の原則(per se rule)」を適用することはできない¹⁰⁹としつつも、「合理の原則(rule of reason)」に従って審査することは可能であるとする¹¹⁰。そして、問題となる施設が以下の 3 つの要件を充たす場合、当該施設を不可欠施設であると定義し、当該 3 つの要件の充足性を審査するプロセスと合理

採用したことが無い」と述べているが、これは EF 理論を放棄したり否定することを意味するものではない(See, *Verenzon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 410-411 (2004), [hereinafter, "Trinko"])

¹⁰⁰ *Terminal Railroad*, supra note 8.

¹⁰¹ *Associated Press*, supra note 6.

¹⁰² *Lorain Journal*, supra note 9.

¹⁰³ *Otter Tail*, supra note 22.

¹⁰⁴ *Pitofsky et al.*, supra note 59, at 4. また、「EF 理論は独立した争訟類型ではなく、独占化事件の一類型である」との認識を示している(*Id.* quoting *Kramer v. Pollock-Krasner Found.*, 890 F. Supp. 250, 257 (S.D.N.Y. 1995))。

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ また、*Pitofsky* は Lao のライセンス拒絶に関する論文(Marina Lao, 'Unilateral Refusal to Sell or License Intellectual Property and the Antitrust Duty to Deal', 9 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* 193, 218 (1999))を参照しつつ、特許独占に対するイノベーション促進の観点から、知的財産権についても EF 理論が適用されるべきと説く(*Id.* at 8)。

¹⁰⁷ *Id.* at 15-16. なお、結論部においても EF 理論は曖昧で際限なく拡張されることは許されないと念押ししている(*Id.*)。

¹⁰⁸ See, Troy, supra note 47.

¹⁰⁹ ここで、合法的な独占者による取引拒絶に対して当然違法の原則を適用できないとする根拠として、「取引自由の原則(the free trader doctrine)」、「経済効率性(the economic efficiency)」、および「経済活動に対する裁判所の不介入(the avoidance of burdensome judicial oversight of commercial relationships)」がこれに優先する理念であるとする(See, Troy, supra note 47, at 487.)。

¹¹⁰ *Id.*

の原則とを統合することを提案する¹¹¹。すなわち、

- ①：施設へのアクセスが市場への参入に必要であること
- ②：施設の複製が標準的な参入コストを上回ること
- ③：継続的なアクセス拒絶により被拒絶者の経済活動の存続が危機にさらされること

という 3 要件の充足性を合理の原則に従って審査するものである。

そしてこのアプローチは、特徴的な反競争の意図を立証できない原告に対して独占者の取引拒絶の影響のみに着目した客観的で代替的な理論(an alternative objective theory that focuses only on the effect of the monopolist's refusal)を提供し、単独企業の独占のみならず企業グループの独占に対しても適用可能であり、また、競争者のみならず得意先や仕入先についても適用可能であるとする¹¹²。

もっとも、Troy は上記①②③の審査を経て不可欠施設と認定された場合には独占者は取引義務を負うとしつつも、正当化事由による抗弁として、a)施設の提供能力(capacity)、b)相手方の支払能力(ability to pay)、および c)他の顧客のサービスへの障害(interference with service of other customers)の観点から主張・立証を行うことにより請求を斥けることができる¹¹³。

Troy は正当化事由による抗弁が可能であることを前提に、不可欠施設の専有による排他的効果の重大性に鑑みて、EF 理論の適用に肯定的な立場を示すものである。

3-2. EF 理論に対する否定的な見解

<Areeda & Hovenkamp の見解¹¹⁴>

他方、Areeda と Hovenkamp の両教授は、EF 理論を「有害かつ不要で廃棄されるべき」と強く否定する¹¹⁵。その理由として、EF 理論は適法に獲得された独占的施設を競争者に共有(share)することを求めるものであるが、企業に独占の共有を強いることは、消費者の厚生に貢献せず¹¹⁶、イノベーションに対する企業のインセンティブを阻害するため反トラスト法の理念に矛盾するとの見解を示す¹¹⁷。

¹¹¹ Id.

¹¹² Id.

¹¹³ Id. at 474-475.

¹¹⁴ See, Areeda & Hovenkamp, supra note 94.

¹¹⁵ See, Areeda & Hovenkamp, supra note 94. また、『不可欠施設』とは被拒絶者の欲する何かを所有している独占者の状態を示す通り名(epithet)に過ぎず、「独立した分析ツールというよりは単なるラベルである」と論じる(¶ 772a. at 175)。

¹¹⁶ Areeda と Hovenkamp の両教授は、「独占が共有されたとしても、投入財(input)を独占者のみが扱う限り、価格や産出財(output)に変化は生じず、消費者の厚生は改善されない」との見方を示す(Id. ¶ 771b. at 171-72)。なお、判例においても「自然独占の事業者が潜在的競争者に利益を共有することを強制されたとしても消費者の厚生は改善されない」ため、EF 理論は「反トラスト法の理念と関係無い」との見方が示されている(See, Blue Cross, supra note 68, at 1413)。

¹¹⁷ また、「反トラスト法の目的は企業に独占の共有を強いることではなく、独占が生起すること防ぎ、若しくは生起した独占を解体することを目的とする」として EF 理論の異質性を指摘する(Areeda & Hovenkamp, supra note 94, ¶ 771b. at 171)。

さらに、EF 理論の適用可能な状況を限定しつつ¹¹⁸、EF 理論を適用する上で考慮すべき原則を下記 10 項目の形で提示する¹¹⁹。

- 1.) 自己の経営資源を共有すべきとする一般的義務は存在せず、商品やサービス、施設へのアクセス拒絶を違法とするのは例外とすべきである¹²⁰。
- 2.) 独占者の施設は競争者の競争的活動(competitive viability)の存続に関わる場合にのみ不可欠であるとし¹²¹、当該施設は魅力的であるに止まらず決定的に重要でなければならず¹²²、現実的に複製不可能か獲得不可能でなければならない¹²³。
- 3.) 独占者が取引を強制されたとしても、取引の相手方と独占を共有する(独占が複占となる)だけであり、価格水準や競争状況には影響しない。
- 4.) 独占者が価格を自由に設定できる限り、規制を行っても産出財の増大や価格の低減など望ましい効果が生じる見込みは低い。このことから、価格規制を受けている独占者が、取引を拒絶して価格規制を回避するような場合に、取引の強制は支持される¹²⁴。

¹¹⁸ Areeda らは、以下の 3 つの状況においてのみ EF 理論適用の余地があるとする。すなわち、(a)競争者が当該施設を複製することなく利用が可能であって、当該施設を複製することが社会的損失を伴うような自然独占である場合。

(b)価格が規制されている法定の独占事業であって、当該法定独占の範囲を縮減し得る余地のある場合。
(c)競技施設のように補助料金で民間企業に供給され、複製することが現実的ではない公共施設である場合。
但し、このような状況に対して EF 理論により独占を共有したとしても価格や産出財は競争的水準には達しないと述べ、EF 理論の競争促進効果としての有意味性に懐疑的立場をとる(Id. ¶ 771c. at 173)。

¹¹⁹ Id. ¶ 773a. at 196-198.

¹²⁰ これに対し、ジョイント・ベンチャー等の結合体が独占的事業者であるような場合は、参画を求める競争者に対して容易にアクセスを認めるべきとする(Id. ¶ 772b1. at 178)。

¹²¹ Areeda らは「反トラスト法の目的は、特定の競争者を存続させることではなく、市場をより競争的にすることである(Antitrust's purpose is not to permit particular rivals to survive, but to make markets more competitive)」と定位し、被拒絶者たる原告は、投入財(input)が原告の市場における生存上不可欠であること、および投入財(input)の複製や代替が不可能であることを示されなければならないとするとともに、施設を共有することが市場における競争を促進するうえで不可欠であることをも示さねばならないとする(Id. ¶ 773b. at 198-199, 203)。

¹²² この点に関連して、アクセスの請求対象である不可欠施設が存在する市場において、被拒絶者たる原告が既に利益を得ているとの証拠が示されたならば、当該施設は不可欠ではないとの判断も妥当する(Id.)。例えば、価格の上昇により不可欠施設へのアクセスが拒絶されたと主張する原告に対して、それでもなお利益を得続けていることを理由として請求を棄却した判例がある(See, *Great Western Directories v. Southwestern Bell Tel.*, 74 F.3d 613 (5th Cir.1996))。

¹²³ なお、この状況は自然独占か法定独占の場合に適合するとし(Id. ¶ 773a. at 196)、MCI 事件を地域通信網に関する法定の自然独占(the legally protected natural monopolies)と定位しつつ(Id. ¶ 773b. at 199)、これに EF 理論を適用したことは評価する(See, Phillip E. Areeda, 'Essential Facility: An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L.J. 841, LEXSEE page 4 n 21 (1989))。また、法律により複製が禁じられる場合も自然独占や法定独占と同様の見方がなされとし、例として、特許法は競争者が特許技術を複製することを禁じており、また、特許権者に当該特許のライセンスを拒絶することを許容すると付言する(Areeda & Hovenkamp, supra note 94, ¶ 773a. at 196)。

¹²⁴ ここで、望ましい効果を得られるような規制を行うには裁判所が政府機関のように価格規制を行うほかにないと論じつつ、そのような手段を用いることは裁判所や反トラスト訴訟手続にとって極めて不適切(extremely ill-suited)であり、何より競争減殺の問題に対して反トラストの「市場」適応原則(antitrust's fundamental "market" orientation)を貫くことに矛盾すると批判する(Areeda & Hovenkamp, supra note 94, ¶ 771b. at 172)。

- 5.) 市場において実質的な競争改善の見込みが無い限り、反トラスト法の下では取引は強制されるべきではない。
- 6.) 被告が実在的又は潜在的な競争者である場合にのみ、不可欠施設に対するアクセスを要求できる¹²⁵。
- 7.) 不可欠施設へのアクセスは必然的であってはならず¹²⁶、また、アクセス拒絶は当然違法(per se unlawful)であってはならない¹²⁷。アクセス拒絶はビジネス上の正当化事由が抗弁となり得る¹²⁸。
- 8.) 競争者に対するアクセス拒絶は、常に(少なくとも部分的には)、競争者の排除や市場の確保に向けた欲求により動機付けられるが、これらが反競争的な意図を示すものであるのか否かの識別は困難であるため、被告の意図が役に立つのは稀である¹²⁹。ここで、『排他的』の概念(sense of “exclusionary”)と『不正手段による排除』という反トラスト法上の意味(antitrust meaning of “exclusion by improper means”)とを混同してはならない¹³⁰。
- 9.) 取引拒絶を違法とし、取引を強制するのは裁判所が価格監督機関(a price control agency)とならなくてよい場合に限るべきである¹³¹。価格を監督する規制当局が存在するか¹³²、非差別的な取引を命じることで問題が解決する場合¹³³には実効的な救

¹²⁵ とりわけ、不可欠施設を介して垂直統合(vertical integration)した事業者が、競争者に対して投入財(input)へのアクセスを拒絶するタイプの事案(すなわち、レバレッジ(leverage))をEF理論の適否を巡る訴訟の典型例と捉える(Id. at 171, 208-209)。

¹²⁶ 不可欠施設の所有者は競争者に提供するために当該不可欠施設の許容能力を拡張したり、産出財の生産量や販売量を減らしたりする必要はないとする(Id. ¶ 773e. at 210-211)。判例においても、パイプラインによるガスの供給に関して、他者への供給に配慮して自己の生産量を減らす必要はないとした事案がある(See, Illinois ex rel. Burris v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., 935 F.2d 1496 (7th Cir. 1991))。

¹²⁷ Areeda & Hovenkamp, supra note 94, ¶ 773e. at 209.

¹²⁸ Areeda らによれば、EF理論の適否を巡る訴訟においては、立証責任のルールとして、まず原告が被告の行為が非合理的であることを明らかにする責任を負い、次いで被告側に正当化事由が存在することの証拠を示す義務が転嫁され、そして正当化事由が認められた場合には、再び原告が被告の正当化事由を覆すに値する説得を行う義務を負うとの手順が示され、審理のプロセスとしては合理の原則に従うことを意図するものと解される(Id. at 212)。

¹²⁹ Areeda らによれば、排他的ないし反競争的な意図の基準は、正当化事由に乏しい行為の違法性を判断する場合に最もよく採用され、被告が当該行為を反競争的な目的を達成するために行ったのか、或いは正当なビジネス目的を達成するために行ったのか審査するものであるが、裁判所はどのような正当化事由であれ競争促進的な効果を見出すことにより、大抵は被告を救済することになるとの見方を示す(Id. ¶ 773f. at 214)。

¹³⁰ 競争者排除の意図や市場確保の意図はともに「排他的」な意図ではあるが、競争プロセス(淘汰のプロセス)に必然的に伴うものであり、通常は適法である(Id. at 213)。これに対し、「不正手段による排除」の意図は反トラスト法に基づき裁判所が違法視する意図であり、「不正手段」であるか否かの判断は被告の正当化事由との比較衡量により裁判所に委ねられるとする(Id. ¶ 773a. at 198, 213-214)。

¹³¹ 判例も裁判所が規制当局の機能・役割を担うことに否定的である。例えば、「反トラスト法は地裁裁判官を規制当局の代理人にするものではない(the antitrust law do not deputize district judges as one-man regulatory agencies)」と述べた判決(Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. NBA, 95 F.3d 593, 597 (7th Cir. 1996))や、「地方裁判所は価格規制機関の小規模部局になるべきではない(this does not imply that district courts should become little versions of the Office of Price Administration)」と論じた判決(Ball Memorial Hosp. v. Mutual Hosp. Ins., 784 F.2d 1325, 1340 (7th Cir. 1986), [hereinafter, ‘Mutual Hosp.’])がある。

¹³² 例えば、Otter Tail 事件における連邦動力委員会(Federal Power Commission: FPC)のように、規制産

済措置が可能と言える。

- 10.) 被告に投入財の共用を強いることは、原告が自ら投入財を供給しようとするインセンティブを損なうため拡大しようとする競争を減じる¹³⁴。EF 理論は独占施設を共有することにより独占問題に対処しようとするものであるが、反トラスト法は原告が自らの施設を独力で改善することを妨げるような市場の障害を除去することにより独占問題に対処するものである¹³⁵。

このように Areeda と Hobenkamp による、単独・直接の取引拒絶規制と EF 理論に対する批判的・消極的な立場は、主として拒絶対象物を被拒絶者が自ら生産することにより競争が活発化するのを規制が抑止してしまうことに対する懸念¹³⁶、救済で取引が命じられる場合に、取引の条件を適切に設定し、日常的に監督するのは裁判所の役割としては不適當かつ不可能であるとの判断¹³⁷、および単独・直接の取引拒絶があり得た効率性を損なうことは少ないとの認識に依拠したものである¹³⁸。

3-3. 肯定説・否定説の検討、ならびに考察

下級審判例により形成・展開されてきた EF 理論に対しては、否定的論者である Areeda と Hovenkamp 両教授により多面的で詳細な批判が提示されている一方で、Pitofsky ら肯定的論者による見解は Areeda らの批判に対抗し得るほど有力な主張を形成するに至っていないと思われる。

他方、Areeda らは EF 理論を「有害かつ不要で廃棄されるべき」と否定しつつも、不可欠施設を専有する独占的事業者に対して取引義務を課すことの可能性と必要性を全て否定するものではないと思われる。Areeda らにより提示されているアクセス義務を必要とする状況と考慮すべき原則は、取引義務を課す局面を想定しつつこれを限定的に捉えるよう意図するものであり、このことは不可欠施設を専有する独占的事業者に取引義務を課すこと

業を監督する行政機関が存在する場合には規制可能であるとする(Areeda & Hovenkamp, supra note 94, ¶ 774e. at 225-226)。

¹³³ この点に関し、Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決と Associated Press 事件連邦最高裁判決を参照しつつ、拘束条件の禁止や非差別的条件の適用で対処し得るのは複数企業による行為(multilateral conduct)に対してであるとし、単独企業による行為に対しては相対的に困難であることをうかがわせている(Id.)。

¹³⁴ 不可欠とされる施設がどのような手段を用いても複製不可能である場合には競争者のインセンティブに対する懸念は顕在化しないとしつつも、不可欠施設を共用すること以外の何らかの代替策により市場に参入することが可能である場合には、競争者のインセンティブを減じってしまう効果は極めて甚大だとする(Id. ¶ 771b. at 172-173)。

¹³⁵ Areeda らは、反トラスト法が目指すべきは独占者とその競争者の双方に対してイノベーションを促すインセンティブを確保することにあるとし、EF 理論はアクセス強制により独占者と競争者の双方からイノベーションに対するインセンティブを奪ってしまうことを懸念する(Id. ¶ 773e. at 212-213)。

¹³⁶ Id. ¶ 771b.

¹³⁷ Id. ¶ 774e.

¹³⁸ Id. ¶ 771b.

を「EF 理論」という法理の名の下に固定概念化し、裁判所を束縛することに対して懸念を表明するものではあるが、規制すること自体を「有害かつ不要で廃棄されるべき」と論じるものではないものと思料される。

また、不可欠施設に関する取引拒絶の違法性判断について *Areeda* らは、不可欠施設は独占的事業者の状態を示すに止まり、不可欠施設を通じた行為に対する違法審査は、正当化事由の抗弁(反競争的な意図を阻却するための客観的事実)を考慮した上でなお被告の行為が「不正手段による排除」と認定し得るか判断するものであり、これは既存の判例法理(例えば、正当化事由の抗弁が *Grinnell* 基準の第二要件充足性を阻却するか否か)に基づく規制枠組みで足りるとするものである¹³⁹。この点に関しては、肯定的論者の *Pitofsky* や *Troy* も違法審査のプロセスとして正当化事由を考慮することの必要性を説いており¹⁴⁰、不可欠施設へのアクセス拒絶に対する違法審査の在り方を巡る議論においては、*Areeda* らと同様の論旨に収束するものと考えられる。

では、*Areeda* らの見解に従って、競争上のインセンティブを損う懸念を伴い、裁判所に価格監督機能を負担させることとなる EF 理論という違法性判断の枠組みは廃棄すべきであろうか？ この本質的な問題に関し、*Troy* からは「救済策の制度設計や裁判所に取引関係の監督を行わせることが困難であるとしても、反競争的效果が重大である場合には、不可欠施設の支配的地位を規制する必要がある」¹⁴¹との正鵠を得た主張が為されており、反トラスト法の意義と役割に鑑みれば、不可欠施設を専有する独占的事業者に対する一つの効果的な規制法理としての EF 理論を全く廃棄してしまうことは躊躇されよう。

社会における技術革新の進捗が増大するにつれて、事業法や主務行政機関が未整備・未特定のまま独占的事業者による取引拒絶が生起することは十分想定される¹⁴²。そのような事案に直面した場合、取引を命じないことによる社会的損失が大きいことが明らかであれば、救済策の制度設計が困難であるとか裁判所による価格監督が不適切だからという理由で違法審査を回避することは許されず、コストや労力を費やしてでも対処する必要があると思われる¹⁴³。過去を振り返れば、米国裁判所は取引条件への介入も厭わず、暫定的なイ

¹³⁹ *Id.* ¶ 771c. at 173.

¹⁴⁰ 参照 前掲注 113。

¹⁴¹ *Troy*, *supra* note 47, at 484. なお、判例においても「裁判所は反トラスト法の下で便宜主義の名を借りて自らの責任を放棄しないよう注意しなければならない(courts must be careful not to abdicate their responsibilities under the antitrust laws in the name of expedience)」と説くものがある(*Byars*, *supra* note 2, at 864 n 57)。

¹⁴² とりわけ電気通信分野における技術革新が競争上の問題を生じさせ得ると考えられる。例えば、日本において EF 理論の導入が検討された平成 15 年 10 月 28 日公表の「独禁法研究会報告書」において、立法化の必要性を意識させた具体的な警告事例として NTT 東日本事件(平成 12 年 12 月 20 日：私的独占のおそれ警告)、および NTT 東日本・西日本事件(平成 13 年 12 月 25 日：不当な顧客誘引または取引妨害のおそれ警告)が挙げられ、迅速な対応の必要性や独禁法および事業法の解釈上の論点が示された(なお、EF 理論を明文の規定として立法化することについては、議論の過程で、規制発動の違法要件が不透明・不明確であるとの指摘や、立法化された場合の法的透明性や法的安定性に対する懸念が示され、また、立法化に踏み切らずとも現行独禁法の弾力的な運用で対処可能であるとの認識が示されたため、立法化は見送られた)。

¹⁴³ もっとも、必要なコストと社会的損失の比較衡量は必要であり、コストを費やすに値する事案に限定さ

ンジャンクション(injunction：履行命令)を発令して応急的対応を行い、マスター(master：補佐人)を任命して事後的に妥当な措置を講ずることを行っていた¹⁴⁴。今日においても、例えば、暫定的に非差別的な条件での取引を命じつつ、専門性の高い第三者機関に監督権限を委ねて事後的に適切な取引条件を設定すること等は可能であろう¹⁴⁵⁾¹⁴⁶。

よって、不可欠施設を専有する独占的事業者によって直接的な取引拒絶が行われる局面において、これを規制すべきか否か判断することを迫られた際に、「EF 理論」という法理の名の下に取引義務を課すことを固定概念化し、裁判所や当局の判断を束縛することは回避すべきであるが、独占的事業者が独占力の行使として自ら専有する不可欠施設を通じて取引拒絶を行うことにより、社会的損失が極めて大きい事態が生じると想定されるような場合には、当該独占的事業者が取引を命じることの可能性と必要性は排しきれず、従って、EF 理論の規制思想(4 要件の視角から審査対象を限定するアプローチ)を手掛かりとして当該取引拒絶の性質・特徴を客観的に分析しつつ、行為の態様や反競争効果の検討・評価を経て違法性を判断し、必要に応じて取引命令を発する余地を残しておくことは競争政策上有益であると思われ、敢えてこれを否定すべきものではないように思われる。

《小括》

Neale のボトルネック理論を嚆矢として、不可欠な施設等を専有する独占的事業者の直接的な取引拒絶をいかなる場合に規制すべきかに関し、米国では下級審における判例の蓄積

れよう。

¹⁴⁴ 参照 本稿 第2章 第1節 1-3.

¹⁴⁵ 白石教授は、独禁法によって取引を命じ、価格等の取引条件を中長期的に監視することに対する抵抗論に対し「命令のなかで具体的な価格や取引条件を明示する必要はないのであって、やや抽象的な命令を出しておいたうえで、命令の趣旨に合致しない状況が継続した場合だけ事後的に命令違反を問いさえすれば足りる、という発想も可能ではないか。多くの事業法において、価格の事前認可制を廃止し、届出を条件として自由な価格設定を認めたらうと、弊害を生じるものだけについて事後的に変更を求めるという制度が作られているが、これも結局は、同根の発想であろう」との見解を示す(参照 白石忠志「不当な取引拒絶・不当な差別取扱い」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開[2]』(三省堂・2002年)40-41頁)。

¹⁴⁶ 或いは、裁判外紛争処理手続(Alternative Dispute Resolution: ADR)の活用も一つの選択肢になると思われる。ADRは専門性を有する第三者機関が仲裁等を行うものであり、両当事者の合意に基づきADRの下す判断は裁判所の下す判決と同等の法的拘束力を持つ。また、ADRの活用により裁判所の負担軽減と専門的見地に立った適正な解決策の提示という効果が期待される。例えば、石川教授は「公正取引委員会の審判、国税不服審判所の審判、特許庁の審判など行政機関の審決手続が第一審的機能を有し、高等裁判所に訴えの提起がない限り当該審決が確定し、確定力をもつことが認められている。これらと同様にADRによって認められた判断に含まれる給付請求権の履行確保のために、一定期間内の異議申立または訴えの提起のない限り執行力を認めてもよいのではないかと」の考えを示す(参照 石川明「ADR覚書」小島武司編『ADRの実際と理論I』(中央大学出版部・2003年)20頁)。また、米国でも行政規制の代替手段として活用可能性が見出されており(参照 田村泰俊「公的規制目的での黙示の私人提起訴訟 アメリカでの民事訴訟の機能の拡大の一例」(同)281頁)、近年は電気通信分野における事業者間、事業者・消費者間の紛争を解決するオンラインADRが活用されている(参照 澤井啓「ITを用いたADR」根岸哲＝川濱昇ほか編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』(有斐閣・2007年)357頁以下)。

により EF 理論が有力な規制法理として形成されてきたが、EF 理論に対する下級審裁判所の態度(とりわけ、4つの要件を拡張的に解釈すること)は概して謙抑的であり、必ずしも EF 理論を積極的に規制法理として運用する状況には至っていない。

また、最高裁における EF 理論の位置付けに関しては、例えば、*Aspen* 事件連邦最高裁判決において「EF 理論の適用可能性を検討する必要はない」¹⁴⁷とされ(同判決については次章で詳述)、また、*Trinko* 事件連邦最高裁判決においても「我々は、これまでそのような法理を認めたことはないし、本件において当該 EF 理論を認定する必要も否定する必要もない」¹⁴⁸と論じ(同判決については第 5 章で詳述)、最高裁も EF 理論に対する態度を明らかにしていない。

他方、学説は *Areeda* らによる否定的見解が多勢を占める状況にあり、EF 理論の安易な適用を警戒する。

このように、判例・学説は不可欠な施設等を専有する独占的事業者の直接的な取引拒絶を規制することに慎重であり、これまでのところ、EF 理論が当該取引拒絶に対する規制法理として定着・運用されてきたとは言い難い。これは、単独企業にあつては取引先選択の自由ないし取引自由の原則が妥当し、たとえ独占的企业であっても競争者と取引する一般的義務は無く、取引拒絶が違法となるのは「例外的状況」に限られるというのが判例・学説の基本的立場であるためと解される(もっとも、EF 理論の適用可能性と必要性を全て否定するものではないことは先に述べた¹⁴⁹)。

本章では米国において EF 理論が形成されつつも、その運用には慎重であることを確認するに止めるが、EF 理論を積極的に活用している EU の状況を第 8 章で検討し、これを踏まえて、終章で「例外的状況」(ないしは後述する「規制の空白域」)における EF 理論の活用可能性を再度検討することとしたい。

¹⁴⁷ See, *Aspen*, supra note 64, at 611 n 44.

¹⁴⁸ See, *Trinko*, supra note 99, at 411.

¹⁴⁹ 参照 本章 第 3 節。

第4章 米国における単独・直接の取引拒絶規制法理の今日的状況

前章では、不可欠な施設等を専有する独占的事業者の直接的な取引拒絶を規制すべく米国下級審において形成されてきた EF 理論に関して、米国の学説および判例は限定的で消極的な評価を与えるに止まるとともに、規制法理としての役割を担うに至っていない状況にあることを確認した。

他方、今日の米国におけるシャーマン法 2 条上の論点は、「行為の反競争性」を理論的に根拠付ける概念の探索であり、具体的には「違法な行為を識別する基準」の特定およびその妥当性の評価である¹。

本章では、学説・当局・判例それぞれの立場から展開される排除行為の違法性識別基準について分析および検討を加えるとともに、単独・直接の取引拒絶へ適用可能な識別基準を同定し、その妥当性や限界について考察を与えたい²。

第1節 排除行為該当性の判断要素としての「行為の反競争性」とこれを基礎付ける「短期的利益犠牲」の証拠

1-1. Aspen 事件連邦最高裁判決(1985 年)³ 【Type A】

以下で検討する Aspen 事件連邦最高裁判決は、EF 理論に初めて言及した最高裁判決であり、最高裁における EF 理論の位置付けを確認する上で重要な判決であるが、同判決は「独占化」としてシャーマン法 2 条違反を問う上で、「行為の反競争性」を排除行為該当性の判断要素として定位し、これを推認・証明する証拠として「短期的利益犠牲」に着目したものであり、今日のシャーマン法 2 条上の論点である「違法な行為を識別する基準」の在り方を巡る議論の端緒を開いた判決として先例的な意義が認められる。

¹ 米国における議論の展開状況については、滝川敏明「競争者排除行為の違法認定基準(上)(下)」公正取引(2006 年)671 号 22 頁以下、672 号 38 頁以下参照。

² 本章では競争者排除行為の違法性識別基準について専ら法理論としての妥当性・適正性という観点から検討を加え、個別具体的事案への適用問題については次章以降にて検討する。

³ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585(1985), [hereinafter, 'Aspen'].

＜事実の概要＞

コロラド州アスペン地域はスキー・リゾート地として知られ、Ajax、Highlands、Buttermilk、および Snowmass と称される 4 つのゲレンデを擁し、Ajax、Buttermilk および Snowmass は Aspen Skiing 社(以下、「Skiing 社」という)が所有し⁴、Highlands は Aspen Highlands 社(以下、「Highlands 社」という)により所有されていた。当初は各社が自らの所有するゲレンデのみに有効なチケットでそれぞれ事業を運営していたが⁵、1962 年に相互に利用可能な all-Aspen チケットを導入しスキー客に好評を博した⁶。

Skiing 社と Highlands 社は all-Aspen チケットの収益を、各ゲレンデで回収・集計されるチケットの数量に応じて配分し、1973 年は収益の 17.5%が Highlands 社に、以降、18.5% (1974 年)、16.8%(1975 年)、13.2%(1976 年)が Highlands 社に配分されたが、予てより Highlands 社側の集計方法に疑念を抱き利益の逸失を懸念していた Skiing 社は Highlands 社に対して 1977 年の利益配分を 13.2%で承服する場合に限り all-Aspen チケットを継続する旨通達・実行し、更に翌 1978 年はこれを 12.5%に引き下げる旨申し入れたところ⁷、Highlands 社がこれを拒否したため Skiing 社は all-Aspen チケットの販売を停止した。また、Skiing 社は自社の 3 つのゲレンデのみに有効な 6 日間チケットの販売に注力するとともに、3 日間チケットの販売を取り止めることにより Highlands 社側へのスキー客の流出を阻止し⁸、Highlands 社側のリフトチケットの販売を取り止めることと併せて小売価格で Skiing 社のリフトチケットを買い取るとの Highlands 社側からの申し入れをも拒絶したため⁹、Aspen 地域のスキー市場における Highlands 社のシェアは、all-Aspen チケット販売を取り止める前の 1976 年に 20.5%であったものが、15.7%(1977 年)、13.1%(1978 年)、12.5%(1979 年)、11.0%(1980 年)と低減するに至った。

Highlands 社は Skiing 社によるこれらの行為はシャーマン法 2 条に違反して Aspen 地域におけるスキー市場の独占化を図るものであるとしてコロラド地裁に被った損害の三倍額賠償を求めて提訴し¹⁰、陪審は Grinnell 事件連邦最高裁判決¹¹で示された独占化行為の違法

⁴ Ajax と Snowmass は Skiing 社が開発したゲレンデであるが、Buttermilk は個人事業主により開発されたものを 1964 年に Skiing 社が買収した(Id. at 589)。

⁵ all-Aspen チケットが導入された 1962 年当時はまだ Snowmass は開発されておらず(1967 年開発)、Ajax、Highlands、Buttermilk の 3 つのゲレンデをそれぞれ Skiing 社、Highlands 社、そして個人事業主が所有し、相互乗り入れすることなく別個に運営していた(Id.)。

⁶ 多くのスキー客が一週間滞在することに着目し、all-Aspen チケット(4 エリア・6 日間チケット)は 6 枚綴りのクーポン形式で、クーポンは 4 つのゲレンデの何れでも利用可能なリフトの一日券であり、利用期間を一週間(6 日間)に限定しつつも 6 枚を単体で別個に買うよりも安価な価格設定であった(Id.)。

⁷ 判決に記載の事実によれば、Skiing 社は 1977 年のシーズンに all-Aspen チケットに対抗して自社の 3 つのゲレンデのみに有効な 6 日間チケットを発行し、all-Aspen チケットの約 2 倍の収益を上げたため、収益確保の観点から all-Aspen チケットを廃止することに傾注した(Id. at 592)。

⁸ Skiing 社の 3 日間チケットを購入するスキー客は一週間滞在するうちの 3 日間を Skiing 社の 3 つのゲレンデで費やしつつも、残りの 3 日間を Highlands で費やすことが期待されたが、3 日間チケットの廃止により Highlands 社はこれらスキー客から”lock out”された形になった(Id. at 594 n 13)。

⁹ Id. at 593.

¹⁰ Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., Civil Action No. 79-z-1012, App. 168 (D. Colo. 1981), [hereinafter, ‘Aspen D. C.’].

¹¹ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

要件を参照しつつ¹²、Skiing 社の独占力を認定した上で、同社は当該独占力を優れた製品やビジネス手法、或いは歴史的偶然によるものではなく、反競争的で排他的な手段により、或いは反競争的で排他的な目的の下で意識的に獲得し、維持し、または行使したとして Skiing 社の違法を認定した¹³。

これに対し Skiing 社は、争点となっている行為は独占者が適法に行使できる競争促進的行為であり、シャーマン法 2 条違反を構成するには証拠不十分であるとして控訴したが、連邦控訴裁¹⁴は、Skiing 社による支配的地位は Highlands 社に対して取引義務を負う不可欠施設としての性格を伴うものであり¹⁵、Skiing 社が all-Aspen チケットの取扱いを拒絶した事実は、独占を創出し維持するという意図を見出すうえで十分な証拠となるとの見解を示し¹⁶、Skiing 社のシャーマン法 2 条違反を追認した。

Skiing 社はこれを不服として連邦最高裁に上告。

<連邦最高裁の判断>

連邦最高裁は、被告 Skiing 社より為された「たとえ独占力を有している企業であっても、競争者と協業(joint marketing)する義務は無い」との主張に対し、これを一般論としては認めつつも、Lorain Journal 事件連邦最高裁判決を参照し¹⁷、「協業することの義務を負わないことが、すなわち、企業が特定の協業先との関係をいつでも断ることができることを意味するものではない」¹⁸と述べ、「他の企業と取引する義務を負わないことは、独立した事業者が顧客や協業先を選択する重要な権利の一側面に過ぎない(merely the counterpart of the independent businessman's cherished right to select his customers and his

¹² Grinnell 事件連邦最高裁判決において、独占化行為の違法要件として、1)関連市場において独占力を保有し、2)優れた製品、ビジネスにおける明敏さ、歴史的事情の結果として発生または進化したのとは異なるやり方によって当該独占力を獲得し又は維持した場合にシャーマン法 2 条に違反するとの立場が示された(Id. at 570-571)。

¹³ なお、同地裁判決は、独占力を有する企業であっても競争者に協力する義務はないとしつつも、競争者との取引を拒絶する場合にはビジネス上の正当化事由(valid business reasons)を必要とするとの立場を示している(See, Aspen D. C., supra note 10, at 188)。

¹⁴ Aspen Highlands Skiing Corporation v. Aspen Skiing Company, 738 F.2d 1509 (10th Cir. 1984)。

¹⁵ 控訴裁判決は本件で EF 理論を展開するに際して Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決と MCI 事件連邦控訴裁判決を参照し、EF 理論の 4 要件への当てはめを行った。すなわち、①被告 Skiing 社が Aspen 地域において 4 つのゲレンデのうち 3 つを所有し、all-Aspen チケットを普及させることによりスキー市場を支配していたこと、②Aspen 地域において新たなゲレンデを開発することは規制や費用、時間の面で困難であったこと、③被告 Skiing 社が原告 Highlands 社に施設の利用を拒絶していたこと、④被告 Skiing 社は原告 Highlands 社に施設を利用させることが可能であったことをそれぞれ説示し、Skiing 社の取引拒絶に対して EF 理論の観点から違法構成を行った(Id. at 1520-1521)。

¹⁶ 控訴裁判決は、原告 Highlands 社への協業を拒絶することにより、被告 Skiing 社は全てのゲレンデと全ての日程においてスキー・サービスを提供できる Aspen 地域で唯一の事業者になることを指摘した(Id. at 1521)。

¹⁷ Lorain Journal 事件連邦最高裁判決においても私的な事業を営む事業者の取引先選択の自由(すなわち取引拒絶の自由)が争われたが、取引先選択ないし取引拒絶の権利は無制限ではないとの立場が示された(See, Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143, 153(1951) (we squarely held that this right was not unqualified.))。

¹⁸ Aspen, supra note 3, at 601.

associates)」¹⁹とした上で、「他者との取引を拒絶する権利が無制限ではないからこそ、我々はその権利に高い価値を認めてきた」²⁰との見解を示し被告の主張を斥けた。

次いで、最高裁は、シャーマン法 2 条事案の違法審査における意図(intent)の位置付けに関し、独占化企図(attempt to monopolize)事件と独占化(monopolization)事件の双方で意図は違法性判断に関係する論点であるとしつつ、前者の事案においては、意図それ自体の性格として、違法な目的を成し遂げる「特別な意図(specific intent)」が存在することを証明することが必要であるとし²¹、他方、後者の事案では「意図に関する証拠は、試みられた行為が真に「排他的」、或いは「反競争的」と特徴付けられるか否かの論点にのみ関係する(evidence of intent is merely relevant to the question whether the challenged conduct is fairly characterized as “exclusionary” or “anticompetitive”）」²²と述べつつ、「意識せず独占化をする独占者はいない(no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing)」²³とした Alcoa 事件連邦控訴裁判決の判示を参照し、また、「違法な排除行為(優れた効率性に基づいたのではない排除)は常に意図的に行われる(Improper exclusion(exclusion not the result of superior efficiency)is always deliberately intended)」²⁴との Bork の説示を踏まえ、独占者の排除行為には必然的に意図が伴うとの立場を示した。

そしてその上で、被告の行為を反競争的と評価するには、①原告(競争者)への影響、②消費者への影響、③不当に制限的な方法で競争を阻害しているか否かを考慮する必要があるとし²⁵、さらに、効率性以外の理由に基づく競争者の排除は略奪的で違法であると述べ²⁶、①についてはアスペン市場において原告(競争者)のシェアが低下し損害を被ったことに争いがないこと²⁷、②については消費者需要を満たしていた all-Aspen チケットの取扱いを被告が一方的に中止したことにより消費者の利益が害されたこと²⁸、および、③については短期的な利益を犠牲にして競争者に損害を与えることにより長期的にアスペン市場における競争の減殺を意図したこと²⁹をそれぞれ指摘し、これら事実から被告の行為は効率性によって動機付けられたものではなく、競争者に対する長期的な影響を得ることと引き換えに短期的利益と消費者利益を犠牲にすることに意欲を示したものと推定されるとして、被告の行為は反競争的・略奪的なものとしてシャーマン法 2 条に違反するとした³⁰。

¹⁹ Id.

²⁰ Id.

²¹ Alcoa 事件において Hand 判事が述べた「単なる意図を超える意図(an intent which goes beyond the mere intent to do the act)」と付言される(Id. at 602; quoting United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 432 (2nd Cir. 1945), [herein after, ‘Alcoa’])。

²² Aspen, supra note 3, at 602.

²³ Alcoa, supra note 21, at 432.

²⁴ Aspen, supra note 3, at 602-603 (quoting R. Bork, “The Antitrust Paradox 160 (1978), [hereinafter, ‘Bork’]).

²⁵ Id. at 605.

²⁶ Id. (quoting Bork, supra note 24, at 138).

²⁷ Id. at 607-608.

²⁸ Id. at 605-607.

²⁹ Id. at 608-609.

³⁰ Id. at 610-611.

なお、本件ではビジネス上の正当化事由の適否についても審査されているが、最高裁は被告の主張を全て退けた³¹。

そして最後に、本判決の末尾にて EF 理論を適用することの是非についてごく簡潔に言及しているが、本件に EF 理論を適用することについては、得られた証拠に基づいて審査する限り、「EF 理論の適用可能性を検討する必要性はない(it unnecessary to consider the possible relevance of the “essential facilities” doctrine)」とした³²。

<検討>

本判決では、シャーマン法 2 条事案の違法審査における「意図」の意義について最高裁としての立場が述べられている。すなわち、「独占化企図」の事案の場合には「特別な意図」が違法性の判断要素であり、これを証明することが要求されるとするのに対し、「独占化」の事案の場合には「独占者の行為は常に意図的に行われる」との認識の下、「行為の反競争性」こそが違法性の判断要素であり、行為が反競争的であることが示されれば、独占化の意図も推認されるとの立場を採る。

この立場は「独占化」の事案において被告における「独占化の目的・意図」の存否を争点とするのではなく、被告の「行為の反競争性」をいかに識別するかを論点とするものであり、従来の判例の立場(例えば、第 2 章でみた Southern Photo 事件連邦最高裁判決や Otter Tail 事件連邦最高裁判決)が被告における「独占化の目的・意図」を要証事実とし、同時にその存否を判断要素と位置付けてきた立場とは異なるものと解される³³。

もっとも、本判決で「独占化」の違法要件が変更されたことをうかがわせる記述はなく、従って、違法要件は引き続き Grinnell 基準の第 1 要件および第 2 要件が妥当し³⁴、第 2 要件に含意される「独占化の目的・意図」はなお依然として要件としての意義を有していると解されることから、従来の判例との比較において、本判決では要件充足性の「立証プロセス」が変わった(違法要件は共に Grinnell 基準の第 1 要件および第 2 要件であるが、第 2 要件充足性(すなわち、排除行為該当性)の判断要素が「独占化の目的・意図」から「行為の反競争性」に変化した)と見るべきであろう。

なお、本判決で最高裁は、排除行為該当性の判断要素が「行為の反競争性」であるとした上で、これを①競争者への影響、②消費者への影響、および③競争手段がもたらす競争への影響の観点から評価すべきと説き、とりわけ、③については短期的な利益犠牲の証拠から被告の行為が反競争的であるとの評価を与えている。この見方はいわゆる「短期的利

³¹ 被告側は正当化事由として i) 共通チケットの収入配分の基準となる利用状況をモニタリングすることの困難さ、ii) クーポンの販売・管理の煩雑さ、iii) 相対的に品質が劣る原告側の施設との混同を主張したが、最高裁は i) 被告スキー場ではリフト係員が適正に利用状況をモニタリングしている事実、ii) 他地区のスキー場ではクーポンで共通チケットを販売している事実、iii) 他地区では自らより劣る施設のスキー場と提携している事実から被告の主張を全て斥けた(Id. at 608-610)。

³² Id. at 611 n 44.

³³ 参照 本稿 第 2 章 第 2 節。

³⁴ 本判決は、本件事案を Grinnell 基準の第 1 要件と第 2 要件への当てはめを行い違法と認定した原判決を追認している(See, Aspen, supra note 3, at 595-597)。

益犠牲テスト(short-term profit sacrifice test)」³⁵の原型であり、今日、「違法な行為を識別する基準」の探索が喫緊の課題とされる中で、本判決が「短期的利益犠牲」という観点から基準となり得る一つの選択肢を与えたことは先例としての意義を有意に示すものと思料される。

他方、本件では被告側の正当化事由が全て斥けられているが、Areeda らは、正当化事由により取引拒絶を容認し得るのは如何なる場合であるのかに関し、正当化事由の要件を明示すべきこと、および取引拒絶によりもたらされる社会的損失と社会的利益との比較衡量を為すべきこと等を指摘する³⁶。

さらに、Carlton は経済学的視角から、本件のようなジョイント・ベンチャーにおいて参画企業が取引拒絶を試みる場合に、当該企業に正当化事由を求めることは困難であり³⁷、単独企業に取引義務を課すことを求めた本判決を広く適用することは「反トラスト法に対する危険な方向付け(a dangerous direction for antitrust)」であると警戒する³⁸。

なお、前章との関連で重要なのは、本判決における EF 理論の位置付けである。本判決は連邦最高裁が EF 理論に初めて言及した判決であるが、判決では「EF 理論の適用可能性を検討する必要はない」と論じるに止まる。最高裁はその理由を具体的に述べてはいないが、all-Aspen チケットの販売停止後も Highlands 社はシェアを低下させてはいるものの事業を運営していることに鑑みれば、Skiing 社の 3 つのスキー場は「不可欠」であるとは認められず、従って不可欠施設とは言えない本件事案に対して EF 理論を適用することの必要性を否定したものと考えられる³⁹。

³⁵ Elhauge によれば、短期的利益犠牲テストとは、問題となる行為が独占化ないし排除的な行為に該当するか否かについて、これを、競争者を排除することにより長期にわたる独占の利益を得るために短期の利益を犠牲にする行為であるか否かの判断により行う立証手段と定位され(Einer Elhauge, 'Defining Better Monopolization Standards', 56 Stan L. Rev. 253, 255 (2003), [hereinafter, 'Elhauge']), この考え方は、Ordoover & Willig 両教授による「略奪」の定義、すなわち、「競争者の退出を誘い出し独占利潤を得ることを目的に、競争状態でなら稼げたかもしれない利益の一部を犠牲にした競争者への対応」を基礎とする(Janusz A. Ordoover and Robert D. Willig, 'An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation', 91 Yale L. J. 8, 9-10 (1981))。

³⁶ See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, 'Antitrust Law IIIA 2nd ed.', ¶ 772c2. at 189(2002).

³⁷ 本件のようなジョイント・ベンチャーにおいて、当該ジョイント・ベンチャーを形成・維持する上で参画企業に取引義務や価格統制を求めることは経済学的に見て有効ではなく、むしろ、限界費用で製品・サービスを提供し、自由な価格設定を維持しつつ、ジョイント・ベンチャーへの参画を促すような参画料(payments)を求めることが妥当であると説く(Dennis W. Carlton, 'A General Analysis of Exclusionary Conduct ant Refusal to Deal: Why Aspen and Kodak are Misguided', 68 Antitrust L.J. 659, LEXSEE page 3 (2001))。

³⁸ Id. at 1.

³⁹ 後の連邦最高裁判決である Trinko 事件連邦最高裁判決においても単独・直接の取引拒絶に対する EF 理論の適用可能性が検討されたが、同判決は「本件において EF 理論を認定する必要も否定する必要もない」との立場を示し、その理由として「本件の論点となるためには、EF 理論を認定する上での必須条件として、不可欠施設へのアクセスが不可能であることが指摘できれば十分であり、アクセスが確保されている状況において EF 理論は論点となり得ない」と述べている(See, Verizon Communications, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 411(2004), [hereinafter, 'Trinko']). この判旨に鑑みれば、本件で仮に Aspen 地区の 4 つのスキー場の全てを Skiing 社が専有していれば、この状況を「不可欠施設」と構成することは可能であろうが、そのうちの 1 つを Highlands 社が所有している状況の下では Skiing 社の有する残り 3 つのスキー場を「不可欠施設」と構成することは困難であるように思われる。

また、最高裁は一般論として EF 理論をどのように捉えるかに関しても立場を明らかにしていないため、本判決からうかがえる EF 理論に対する連邦最高裁の態度としては、「否定も肯定もしない中立的立場」と解すに止めるべきと思料される⁴⁰。

1－2. Aspen 事件連邦最高裁判決の意義

Aspen 事件連邦最高裁判決については、上記 Areeda や Carlton の指摘に見られるように一部異論も唱えられており、また、本判決直後に Aspen 事件類似の事案で同様の論理を展開した原告に対し、シャーマン法 2 条違反を否定した判決⁴¹が出るなど、必ずしも本判決が肯定的に受け止められていない状況がうかがえる。

もっとも、単独・直接の取引拒絶の違法性が争われた直近の連邦最高裁判例である Trinko 事件判決では「Aspen 事件はシャーマン法 2 条違反の限界またはそれに近い事例(*Aspen Skiing is at or near the outer boundary of §2 liability*)」と位置付けられ、市場支配的企業の取引拒絶が違法となるのは例外的状況に限られるとの立場が示されているが⁴²、Trinko 事件連邦最高裁判決が説示するように、単独・直接の取引拒絶が違法となるのは「例外的状況」であるとするならば、違法な取引拒絶の限界事例とされる Aspen 事件連邦最高裁判決において提示された「行為の反競争性」を排除行為該当性の判断要素として求める立場や「①競争者への影響、②消費者への影響、および③競争手段がもたらす競争への影響」の観点から「行為の反競争性」を評価・立証すべきとする立場は、争点となっている取引拒絶の態様を「一般的状況(すなわち、適法な取引拒絶)」と捉えるか、それとも「例外的状況(すなわち、違法な取引拒絶)」と捉えるかに関し、その何れかを峻別する境界条件として機能するものと解され、単独・直接の取引拒絶の違法性判断の在り方を検討する上で重要な論点を含んでいるように解される。

とりわけ、本件事実認定により見出された被告の「短期的な利益を犠牲にして競争者に損害を与えることにより長期的にアスペン市場において競争を減少させる」行為は、いわゆる「短期的利益犠牲テスト(short-term profit sacrifice test)」の原型であり、「行為の排他性・反競争性」を識別するために短期的利益犠牲テストに言及した最初の判決として後

⁴⁰ See, Kenneth L. Glazer and Abbot B. Lipsky, Jr., 'Unilateral Refusal to Deal Under Section 2 of the Sherman Act', 63 Antitrust L.J. 749, LEXSEE page 11 (1995).

⁴¹ See, e.g., *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986). 本件はテレックス・サービスとテレックス端末のリースについて独占力を有する Western Union 社が、同業の Olympia 社に販売スタッフを派遣したり顧客リストを提供したりして協業していたところ、Western Union 社がテレックス端末の販売事業から撤退することに伴い、Olympia 社に契約の打ち切りを通知し、販売スタッフと顧客リストを引き上げた。Olympia 社は自社の事業を継続する上で販売スタッフや顧客リストは不可欠施設であるとして提訴・主張したが、裁判所は、本件で Olympia 社が必要とする販売スタッフ等は市場で調達可能なものであり不可欠施設を構成しないとしつつ、また、Aspen 事件は特殊な事案で本件には適用できないとした上で、Western Union 社の契約打ち切りには事業撤退というビジネス上の正当化事由があるとして原告 Olympia 社の主張を斥けた。

⁴² See, *Trinko*, supra note 39, at 409. なお、Trinko 事件の詳細については第 5 章にて検討。

の判例や学説が本判決を参照する⁴³。

従って、本判決を単独・直接の取引拒絶の限界事例として位置付けること⁴⁴が妥当するならば、本判決にて示された、「①競争者への影響、②消費者への影響、および③競争手段がもたらす競争への影響」の観点から行為の違法性を判断する理論的枠組み(とりわけ、③の観点から短期的な利益犠牲を論証することにより行為の反競争性を認定するアプローチ)は、当該取引拒絶の適法性/違法性が峻別されるべき境界領域において構成されているが故に違法性判断の理論的枠組みとして本質的で実質的な機能を有していると思われる。また、短期的利益犠牲の視角から「排除行為の識別基準」という今日的な課題に対して有意な示唆を与えている点においても、本判決は淵源的で先駆的な意義を有していると考える。

Aspen 事件連邦最高裁判決は、競争行為には排他性が不可避的に伴うことを考慮し、違法な排他行為と適法な排他行為とを識別する上で、短期的利益犠牲等の客観的証拠により行為の特徴を明確化し⁴⁵違法性判断を適切に行うことを狙いとするものであると思料される⁴⁶。また、この文脈上に見出される問題意識は、今日の排除行為規制における問題意識、すなわち、シャーマン法 2 条に違反する行為を反競争的・略奪的行為と定位する一方で、当該行為の反競争性・略奪性をいかに識別するかという識別基準の設定問題と強い相関を有するものである。

次節では、Aspen 事件連邦最高裁判決を契機として、米国の学説・判例・当局がそれぞれの立場から排除行為に対する識別基準を巡って様々な議論を展開している今日の状況进行分析し、単独・直接の取引拒絶規制の理論的側面について考究することを試みる。

第 2 節 対市場効果に着目した違法性識別基準の探索（効果アプローチの観点から）

米国では排除行為の違法性識別基準の探索に際して大きく二つのアプローチが採られている。「効果アプローチ」と「行為アプローチ」である⁴⁷。

⁴³ See, Trinko, *supra* note 39, at 409; see also, Steven C. Salop, 'Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard', 73 Antitrust L.J. 311, 320 (2006).

⁴⁴ 越智弁護士は、シカゴ学派の理論が独禁当局・裁判所・学会を席卷していた 1980 年代当時、本判決は極めて例外的な事案として位置付けられていたと評している(越智保見『日米欧 独占禁止法』(商事法務・2005 年)497 頁)。

⁴⁵ 和久井准教授は Aspen 事件連邦最高裁判決を従来の判決との対比において客観面を重視した判決であるとする(和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(1)」民商法雑誌 121 巻 6 号 836 頁)。

⁴⁶ なお、私見ではあるが、Aspen 事件のような「継続取引拒絶」においては、被告の側における短期的利益犠牲によって行為の反競争性を論証できれば、EF 理論を適用する余地は無いのかもしれない。よって、EF 理論の適用可能性と必要性は「新規取引拒絶」に対してより意識されるものと考ええる。

⁴⁷ 競争者排除行為に対する違法性識別基準策定の議論は錯綜した状況にあり、論者によりアプローチの視角は異なるが、例えば、Melamed は「比較衡量テスト(balancing test(本稿で後述する厚生テスト(welfare test)と同旨))」と「利益犠牲テスト(sacrifice test)」を提唱する。前者は本稿上記にいう効果アプローチであり、後者は行為アプローチである(See, A. Douglas Melamed, 'Evolving Antitrust Treatment of

効果アプローチは消費者厚生(consumer welfare)⁴⁸ないし社会的な総厚生(total welfare)⁴⁹といった対市場効果の観点から、排除行為に伴う厚生を増大(例えば、競争による価格低減や品質向上)と減少(例えば、市場支配力の維持・強化による経済厚生(すなわち「死荷重(deadweight loss)」や参入阻止に伴う経済厚生(低下)を比較衡量し、後者が前者を上回る場合に当該排除行為を違法と認定するものである。

他方、行為アプローチは A) シャーマン法が違法視すべき「略奪」の定義⁵⁰から違法性識別基準を設け、これに該当する行為(例えば、短期的な利益を犠牲にして競争者を排除し、独占を実現した後に長期的な利益の獲得を図る行為)を違法とし、或いは、B) 自己の効率性を増大させる努力等の反映ではなく、相手方の効率性を害する行為(例えば、競争者の費用を増大させて競争圧力を緩和し、市場支配力を獲得する行為)を違法とするものである⁵¹。

米国における排除行為の違法性識別基準の議論では、効果アプローチと行為アプローチそれぞれの観点から妥当性や適用可能性が検討されており、以下ではまず、効果アプローチに関する理論的考察を行う。

2-1. 厚生テスト(welfare test)

効果アプローチの一つとして厚生テストがある。このテストは厚生(得失)を基準として、反競争効果が競争促進効果を上回る場合に排除行為の違法性を識別するものであり、以下ではこの違法性識別基準を「厚生テスト(welfare test)」と称する。

なお、この厚生テストに対しては以下に見るような論点ないし反論がある。

2-1-1. 社会的な総厚生(増大)か消費者厚生(増大)か

論点の一つは厚生を比較する際の基準の問題であり、社会的な総厚生(total welfare;

Dominant Firms: Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal', 20 Berkeley Tech. L.J. 1247, 1252-1256 (2005), [hereinafter, 'Melamed 2005']).

⁴⁸ 消費者厚生とは消費者余剰(consumer surplus)とも称され、ある財の市場で消費者が取引することにより、当該消費者にもたらされる便益の大きさと観念される。また、取引の価額の概念の下では、「消費者厚生」=「支払許容額の総額」-「実際の支払金額」と定義される(柳川隆=川濱昇 編『競争の戦略と政策』(有斐閣・2006年)19~20頁)。

⁴⁹ 社会的な総厚生とは消費者厚生と生産者厚生(producer welfare(生産者余剰(producer surplus)とも称され、生産者が取引することにより、当該生産者にもたらされる便益の大きさであり、取引の価額の概念の下では、「生産者厚生」=「実際に受け取る金額」-「供給に際して最低限要求する金額」と定義される)の合計であり、社会全体の価値の総和として観念される(参照 柳川=川濱・前掲注 48,18頁)。

⁵⁰ シャーマン法 2 条の文脈では一般に、Ordover & Willig による定義、すなわち、「競争者の退出を誘い出し独占利潤を得ることを目的に、競争状態でなら稼げたかもしれない利益の一部を犠牲にした競争者への対応」が違法視すべき「略奪」の定義として参照される(Janusz A. Ordover and Robert D. Willig, 'An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation', 91 Yale L.J.8, 9-10 (1981), [hereinafter, 'Ordover & Willig']).

⁵¹ 換言すれば、行為アプローチは能率競争(competition on the merits)に反する行為を違法視するアプローチである(本章 第 3 節および第 4 節にて詳述)。

social welfare)と消費者厚生(consumer welfare)の何れに基準を置くかの問題である⁵²。消費者厚生を基準とする立場もあれば⁵³、社会的な厚生を基準とする立場もあり⁵⁴、何れを基準とすべきなのか判然としない。

Bork によれば、反トラスト訴訟における適正な基準は社会的な総厚生であり、消費者と生産者の双方を含み、関係する全ての人々の厚生の合計であるとする⁵⁵。

これに対し、Salop⁵⁶、Baker⁵⁷、Lande⁵⁸といった論者は、反トラスト訴訟においては消費者に対する影響を検討することにより行為を評価すべきとし、消費者厚生を基準とする立場をとる。

厚生経済学の見地に立てば、完全競争市場(perfectly competitive market)で社会的な効率が実現され、社会的な総厚生は最大となる⁵⁹。また、この状態はパレート最適性(Pareto

⁵² 経済学的には社会的な総厚生は「総余剰(total surplus)」、消費者厚生は「消費者余剰(consumer surplus)」に対応するものであり、総余剰は消費者余剰に「生産者余剰(producer surplus)」を合算したものである(柳川隆「競争の経済分析ツール」柳川隆・川濱昇 編『競争の戦略と政策』(有斐閣・2006年)18頁)。ここで、ある市場における生産者余剰が100、消費者余剰が100の状態(すなわち、総余剰は200)を初期値として、当該市場における支配的事業者が競争者を排除し、独占価格をつけることにより生産者余剰が120に増大する一方で、消費者余剰が90に減少した場合、総余剰は210(=120+90)となり初期値に対して10増大するため、総余剰(総厚生)を基準とする限りは、支配的事業者による競争者排除の行為は違法視されないが、消費者余剰は初期値に対して10減少するため、消費者余剰(消費者厚生)を基準とする場合は違法視されることとなり、何れの基準を適用するかによって同一の事象に対して判断を異にする状況が生じ得る。

⁵³ 例えば、Areeda & Hovenkamp の体系書においては「消費者利益(consumer benefit)」を基準としている(See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, "Antitrust Law III 3rd ed.", ¶ 651a. at 96 (2008), [hereinafter, 'Areeda & Hovenkamp']).

⁵⁴ 例えば、Microsoft 事件連邦控訴裁判決では「反トラスト法に関する裁判所の課題は社会の厚生(social welfare)を減少させる違法な排除と、それを増大させる競争的な行為とを識別する一般的なルールを提示することにある」と述べられている(United States of America v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34, 58(D.C. Cir. 2001), [hereinafter, 'Microsoft']).

⁵⁵ See, Bork, supra note 24, at 107-115 (consumer welfare is "merely another term for the wealth of the nation"). Bork の著書における表記としては"consumer welfare"であるが、意図しているのは"total welfare"である(See, Areeda & Hovenkamp, supra note 53, ¶ 651b1. at 99)。なお、Bork の立場を表記そのままに"consumer welfare"と捉える場合、本稿にて意図する"consumer welfare"は"pure consumer welfare"と表記される(See, Steven C. Salop & R. Craig Romaine, 'Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft', 7 Geo. Mason L.Rev. 617, 647, [hereinafter, 'Salpo & Romaine']).

⁵⁶ Salop は社会的な総厚生を測定するのは消費者厚生よりも複雑であり、訴訟で被告や消費者がこれを証明するのは現実的ではないとする(See, Steven C. Salop, 'Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard, presented to the Antitrust Modernization Commission (Nov. 4, at 22-23 (2005))', available at http://govinfo.library.unit.edu/amc/public_studies_fr28902/exclus_conduct_pdf/051104_Salop_Merger_s.pdf, [hereinafter, 'Salop']).

⁵⁷ Baker はシカゴ学派の反トラスト政策は生産者保護的性格を帯びていたことを指摘しつつ、反トラスト法が保護すべき対象は消費者であるとして、総余剰、生産者余剰、消費者余剰のうち、消費者余剰を増大すべきと唱える(See, Jonathan B. Baker, 'Competition Policy as a Political Bargain', 73 Antitrust L.J. 483, LEXSEE page 31 (2006)).

⁵⁸ Lande はシャーマン法制定当時の立法主旨が消費者の保護にあったことを踏まえ、今日の消費者余剰がこれに相当することから消費者厚生基準をとるべきとする(See, Robert H. Lande, 'Wealth Transfers Should Guide Antitrust', 58 Antitrust L.J. 631, LEXSEE page 6-7 (1988)).

⁵⁹ 厚生経済学の定理(welfare theorem)より、総余剰が最大となるのは社会的な効率性が実現される完全競争均衡(perfectly competitive equilibrium)の状態である(参照 柳川・前掲注 52, 22 頁)。

optimality)を実現しており、「ある経済主体の状態を改善するためには他の経済主体の状態を悪化させなくてはならない社会的状態」⁶⁰として、現状には無駄が存在しないことを意味する⁶¹。この厚生経済学の視角を根拠として、反トラスト法の目的を競争市場の確保と捉え、厚生を減少させる行為(すなわち、市場における競争水準を低減させる行為)を違法な排他行為と定位するならば、社会的な総厚生を基準とする立場は首肯されよう⁶²。

しかしながら、社会的な総厚生を基準とすることには問題がある。反トラスト政策においては競争効果を評価・判断する上で実行可能な基準が求められ、更に、これら基準は裁判所によって合理的に運用可能なものでなければならない⁶³。しかるに、社会的な総厚生は消費者厚生と生産者厚生の双方に関わる全ての利得と損失を考慮せねばならず、概念の曖昧さや、消費者が利得を得れば生産者は損失を被るという利得と損失の二律背反性に伴う測定の困難さにより分析・実行・運用は不可能とされる⁶⁴。

他方、経済学における最も広範な支援対象は消費者であり、反トラスト政策の確固たる方針としては、生産者厚生よりも消費者厚生を高めることに重きが置かれている⁶⁵。

また、反トラスト政策上の実行可能性、ないし裁判所における運用可能性という観点からは、価格と供給量を手掛かりに消費者厚生の得失を評価することは可能であるとの見方がある⁶⁶。これは、独占企業の排他行為に伴う価格の上昇と供給量の減少を分析・評価することにより消費者の損害を認定するものであり、実際に NCAA 事件連邦最高裁判決⁶⁷等で試みられている。

さらに、社会的な総厚生が考慮する生産者厚生は価格競争を通じて消費者厚生に還元されるため⁶⁸、これら厚生の移転プロセスを踏まえれば消費者厚生を高めることは支持されよう⁶⁹。

⁶⁰ 矢野誠『ミクロ経済学の基礎』(岩波書店・2003年)350頁。

⁶¹ すなわち、完全競争によりパレート最適性の実現され、市場における総厚生は最大化される(See, Kenneth J. Arrow & Gerard Debreu, 'The Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy', 22 *Econometrica* 265 (1954))。

⁶² この見方は Areeda らにより、一つの考え方として提示されている(See, Areeda & Hovenamp, *supra* note 53, ¶ 651b1. at 99)。

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* なお、Salop らによれば「反トラストの普遍的な目的は消費者厚生の最大化である」とされ(See, Salop & Romaine, *supra* note 55, at 653)、Hovenkamp は、消費者厚生を基準として採用することは、反トラスト法が追求すべき効率性の最適配分(optimal allocative efficiency)という目的と一致すると述べる(See, Herbert Hovenkamp, 'Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 3rd ed.', 77 (2005), [hereinafter, 'Hovenkamp']). また、連邦最高裁においても反トラスト法を「消費者厚生法規(consumer welfare prescription)」と捉えた判例がある(Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 343 (1979))。

⁶⁶ いわゆる「価格・供給量効果(price and output effect)」と称される評価手法である。なお、この手法では総厚生の得失は観測できないため評価できないとされる(See, Salop, *supra* note 56, at 5)。

⁶⁷ NCAA v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984)。なお同事件は価格と供給量に関する取引制限行為が消費者厚生を害することを示したシャーマン法 1 条適用事案である。

⁶⁸ 例えば、ある企業がコスト削減すると、競合企業もコスト削減を動機付けられ、コスト削減に伴う利益増大により生産者余剰は増大するが、同時にイノベーション競争も活性化し、結果として価格競争を誘発するため、長期的には価格低下に伴い消費者厚生が増大する(See, Salop, *supra* note 56, at 15)。

⁶⁹ *Id.* なお、滝川教授は「競争法の第一次目的として一般的に支持されている競争(競争の過程) :

以上より、厚生を比較する際の基準としては社会的な総厚生よりも消費者厚生を適用することに妥当性があると思料される⁷⁰。

2-1-2. 消費者厚生原理(consumer welfare principle)の適用可能性

二つ目の論点は、反トラスト法目的との整合性や反トラスト政策との親和性等の観点から、社会的な総厚生よりも消費者厚生のほうが基準としての妥当性を具備しているとして、消費者厚生を尊重すべきとする立場を強め、比較衡量によらずに消費者厚生を低減させる行為を違法とする見方(いわゆる「消費者厚生原理」(consumer welfare principle))があり得る⁷¹。すなわち、厚生テストは、独占企業による排他的行為の反競争効果と競争促進効果とを分析し、消費者厚生の観点から反競争効果が競争促進効果を上回る場合に、当該排他的行為は消費者厚生を害するものと評価してこれを違法とするものであるが、消費者厚生原理は、反競争効果や競争促進効果といった分析は行わず、独占企業による行為が消費者に不利益を課す場合に消費者厚生を害したとして当該行為を違法とするものである⁷²。従来より、厚生テストの難点としては消費者厚生に対する経済的評価を与える上で、反競争効果としての損失や、競争促進効果としての利益に関する情報の不完全性が指摘されており⁷³、消費者厚生原理を唱える立場は、これら情報の不完全性に伴う分析の複雑化や判断過誤⁷⁴のリスクを考慮して、消費者に対する損害の有無に焦点を絞って審査すべきとするものである。

しかし、消費者厚生原理を採用するには、同じく判断過誤のリスク(過剰抑止(overdeterrent)、ならびに過小抑止(underdeterrent))の観点から問題点が指摘される⁷⁵。す

competition process)を保護する目的との整合性から、総余剰ではなく消費者余剰最大化を目的とすることが妥当である」との立場をとるが、その前提として「生産者余剰は、競争が存在すれば、競争を通じて消費者へと還元されていく」ことを重視している(滝川敏明「排除行為の違法判定—競争法基準と独禁法への示唆」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報 第28号(有斐閣・2007年)41頁)。

⁷⁰ もっとも、消費者厚生を基準として厚生テストを行うことの実際上の困難さ、および同テストの一般的手法としての限界は本節後段にて言及する。ここでは社会的な総厚生よりも消費者厚生のほうが反トラスト法目的に適った基準であることが言えれば論点に対する解として十分であろう。

⁷¹ この見方は、生産者その他の及ぼす影響を考慮せず、消費者厚生を絶対視する立場である(See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b1. at 100)。消費者厚生原理の肯定的論者はSalopである(See, Salop, *supra* note 56, at 2-3; see also, Steven C. Salop, 'Exclusionary Conduct, Effect on Consumers and the Flawed Profit-Sacrifice Standard', 73 *Antitrust L.J.* 311, LEXSEE page 17 (2006), [hereinafter, 'Salop, 'Exclusionary Conduct'])).

⁷² この見方は、競争促進効果が反競争効果を上回り、結果として消費者厚生を増大させたとしても、その過程で消費者に損害を与える場合には違法と捉える立場である(See e.g., Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b1. at 100)。

⁷³ See, Salop & Romaine, *supra* note 55, at 653.

⁷⁴ 情報の不完全性に伴い、裁判所が競争促進的な行為を禁止してしまうリスク(積極過誤: false positive)や、反競争的な行為を見逃してしまうリスク(消極過誤: false negative)、およびこれら判断過誤に起因する将来にわたる萎縮効果が懸念される(Id.)。

⁷⁵ See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b1. at 100-101. ここで、過剰抑止(overdeterrent)は積極過誤(false positive)と、過小抑止(underdeterrent)は消極過誤(false negative)と同義と解される。

なわち、消費者の利益は害するが競争者の排除を伴わない行為まで過剰に規制してしまう恐れ⁷⁶がある一方で、競争者の競争機会は損なうが、消費者の利益を害さない行為を見逃してしまう恐れ⁷⁷がある。競争者に対する排他的行為はシャーマン法 2 条事案における中心的な審査対象であるべきであり⁷⁸、また、当該排他的行為に関する具体的な検討(すなわち、反競争効果と競争促進効果の分析・評価)を行わずして違法性判断を行うことは、情報の不完全性に伴う判断過誤以上に深刻な判断過誤と萎縮効果を招来するものと危惧される⁷⁹⁸⁰。

よって、消費者厚生原理は、評価・分析の対象を消費者厚生に影響を及ぼす情報に限定し厚生テストよりも平易・簡潔な審査を企図する点に実務的なメリットを見出し得るものの、情報を限定することによる判断過誤と萎縮効果の発生リスクは当該メリットを上回ると想定されるため、消費者厚生原理を違法性識別基準としては採用することは消極的に解されよう。

2-2. 排除行為の不当性を識別する基準としての厚生テストの妥当性

ここに至るまでの議論を踏まえれば、独占企業の排除行為に対しては消費者厚生の得失を基準としつつ、反競争効果が競争促進効果を上回る場合に当該排除行為を違法と判断する厚生テストが識別基準として妥当であると考えられるが、厚生テストを採用することについては以下のような反論がある。

第一に、先に指摘された情報の不完全性である。厚生テストは理論的には正しいものと評価し得るが、裁判所や企業は排除行為に伴う反競争効果と競争促進効果に関する全ての情報を完全には持ち得ないため⁸¹、判断過誤の可能性は排し切れない⁸²。

⁷⁶ 例えば、Areeda & Hovenkamp によれば、市場支配的事業者が欠陥品を市場に流通させた場合、代替品を選択できない消費者は損害を被るため消費者厚生は害された(すなわち、消費者厚生原理によれば違法)と評価されるが、本来的には競争者の排除を伴わないため独占化行為ではないとする(Id.)。

⁷⁷ 例えば、Areeda & Hovenkamp によれば、市場支配的事業者が独占力を維持する目的で不当な特許侵害訴訟を提起した場合、消費者は損害を被っていないため消費者厚生は害されていない(すなわち、消費者厚生原理によれば適法)と評価されるが、本来的には「見せかけの訴訟行為(sham-litigation)」は独占化行為として違法とすべきとする(Id.)。なお、見せかけの訴訟行為がシャーマン法 2 条違反であるとした判例として Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries, 508 U.S. 49, 60-61 (1993)。

⁷⁸ 米国判例法はシャーマン法 2 条の独占化を巡って争う上で、一般に、競争者排除を要求する(See, Einer Elhauge, “United States Antitrust Law and Economics, 2nd ed.”, 2-3 (2011))。

⁷⁹ Aspen 事件連邦最高裁判決は、消費者への影響等を考慮しつつ、「行為」の反競争性・排他性の評価こそが違法性判断に際して重要であるとする(See, Aspen, supra note 3, at 602, 605)。

⁸⁰ Trinko 事件連邦最高裁判決は「独占価格を付ける機会は(少なくとも短期間これを許容することは)、イノベーションと経済成長を生み出す上で企業にリスクテイクすることを促すため、第一義的にはビジネスの明敏さを誘引する」として独占価格を付けることは違法ではないばかりでなく、自由市場システムの重要な要素であるとの認識を示したが、消費者厚生原理は独占価格を付けることにより消費者が損害を被れば違法としてしまう恐れがあり、積極過誤と萎縮効果が有意に懸念されよう(See, Trinko, supra note 39, at 407)。

⁸¹ Melamed は事案を分析・評価する者が全知全能(omniscient)で無い限り、厚生テストは機能しないと説く(See, Melamed 2005, supra note 47, at 1253)。

⁸² なお、厚生テストはいつ・どのような場合に損害が利益を上回るのかについて指針を与えるものではな

第二に、厚生テストは立証責任の転換という形で審査のプロセス自体は明確であるが、行為それ自体の不当性を問う視点を欠いているため、事業者が厚生テストを扱うには予見性の面で問題がある⁸³。すなわち、反競争的行為を抑止し、競争的行為を促進するという反トラスト法の自律的發展を阻害してしまう。

第三に、時間軸の取り方により消費者厚生に関する分析結果が異なる⁸⁴。

第四に、企業側の負担が著しく増大する。厚生テストは企業が競争戦略を実行に移す前に自社における事業上の影響のみならず、競争者や消費者に及ぼす影響、および短期視点・長期視点の両方でこれら影響を考慮することを求めるものであり、企業側に業務コストの増大を強いる⁸⁵。

上記反論は厚生テストの運用上の困難さと識別基準としての限界を指摘するものである。厚生テストは独占企業の排除行為に対して、消費者厚生を基準としつつ反競争効果が競争促進効果を上回る場合にこれを違法とするものであり、その論理的妥当性は認められるものの、当事者にとって自らの行為が消費者を害するか否か自明ではない中で、自己に許された行為は何かを識別する基準として機能するものではない⁸⁶。

《小括》

以上のように、排除行為一般に対する違法性識別基準の探索が試みられている中で、厚生テストは、行為の不当性を自覚的に認識できないこと、および情報の不完全性に伴う判

く、また、共通の理解に基づく手法ではないため、場当たりの比較衡量(ad hoc balancing)に陥ることが懸念され、恣意的な司法判断が為されることを危惧する見解がある(See, A. Douglas Melamed, 'Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct: Are There Unifying Principles?', 73 Antitrust L.J. 375, LEXSEE page 5 (2006), [hereinafter, 'Melamed 2006']).

⁸³ Id. なお、川濱教授は「当該行為の判断基準が最終的に効率性を害するか害さないかというだけのもになると当事者にとってそれを遵守するのは困難」であり、「何らかの形で当事者にとって自分の行っている行為が社会を害するものであるということが分からないことには、その方法を遵守させる方法はない」として、厚生テストでは自己に許された行為が何であるのか識別できないとする(参照 川濱昇ほか「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について—理論的整理—」公正取引委員会・競争政策研究センター(2008年)7頁)。

⁸⁴ 情報が完全であれ、不完全であれ、時間軸の取り方次第で消費者厚生に対する評価が異なる。Melamedによれば、独占企業が著しく低い価格で商品を販売した場合、第一段階では消費者は低価格を享受するため消費者厚生は高まるが、価格勝負に耐え切れない競争者は市場から退出を強いられるため、独占企業は従前よりも高い独占価格を付けることにより第二段階では消費者厚生は従前の状態よりも低くなる(See, Melamed 2006, supra note 82, at 5)。或いは、川濱教授によれば、裁判所が独占企業に投資の成果を競争者と共有せよとの作為命令を発する場合、短期的には消費者厚生の向上があるにしても、長期的には投資の縮小など(この長期的な投資の縮小には、独占企業の投資インセンティブのみならず、もし共有が命じられていなかったならば生じたであろう競争者の側におけるイノベーションのインセンティブなども含む)から消費者厚生は低下する(参照 川濱・前掲注 83, 22頁)。裁判所がこのような事案に接遇した場合、長期視点から判断を求められるが、分析は困難を伴うであろう。

⁸⁵ See, Melamed 2006, supra note 82, at 5-6.

⁸⁶ 川濱・前掲注 83, 23頁。

断過誤のリスクの内在、そして、裁判所や当事者による適切な運用が期待できないことから、排除行為の一般的な識別基準として支持を得るに至っていない。

次節では、もう一つのアプローチである行為アプローチの観点から違法性識別基準定立の可能性を探索する。

第3節 行為の性格に着目した違法性識別基準の探索(行為アプローチ：とりわけ利益犠牲の観点から)

3-1. 能率競争概念および競争過程

米国では、効率性の追求過程の中で、効率性を発揮できない競争者が市場から排除されることを、競争に必然的に伴う淘汰のプロセスとして妥当なものと捉える一方で、「能率に基づく競争によったのではない排除」⁸⁷、或いは「効率性によらない排除」⁸⁸を問題視し、能率競争(competition on the merits)によらない排除を不当なものと捉えることに概ね合意が見られる⁸⁹⁹⁰。

他方、Microsoft 事件連邦控訴裁判決は、排除行為について、競争者を害するのみならず、競争過程(ひいては消費者利益)をも損なうことを要件として求めた⁹¹点に今日的な意義⁹²を見出せるが、ここに言う「競争過程」とは、川濱教授によれば「事業者が市場において顧客を獲得すべく、よりよい取引条件と品質等を呈示しあう活動(競争活動)が集積する過程」

⁸⁷ See, J. A. Ordover and G. Saloner, 'Predation, Monopolization and Antitrust', in Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds.), "Handbook of Industrial Organization vol. 1", 538-539 (1989).

⁸⁸ See, Bork, supra note 24, at 66.

⁸⁹ Areeda & Hovenkamp の体系書において、排除行為とは「(1)競争者の機会を損なう性質を有するのみならず、(2)能率競争に基づかないか、或いは不必要に制限的な方法による行為」と定位され(See, Areeda & Hovenkamp, supra note 53, ¶ 651d. at 117-118)、また、判例においても、例えば Aspen 事件連邦最高裁判決において「もし、企業が効率性に基づかない方法で競争者を排除することを試みている場合、当該行為は略奪的であると特徴付けられる (If a firm has been "attempting to exclude rivals on some basis other than efficiency," it is fair to characterize its behavior as predatory)」との見解が示されている(See, Aspen, supra note 3, at 605)。

⁹⁰ このように米国における能率競争概念は独占化の文脈で広く用いられてきたが、日本の独占禁止法における能率競争概念は、専ら不公正な取引方法における公正競争阻害性(不正手段型)の概念構築に限定して言及されてきた(参照 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』(有斐閣・2006年)199～201頁、白石忠志『独占禁止法』(有斐閣・2006年)11頁)。

⁹¹ Microsoft 事件連邦控訴裁判決では「排除的であると非難されるには、独占者の行為は「反競争効果」を有するものでなければならない。すなわち、それは競争過程を損ない、それによって消費者を害するものでなければならない。反対に、一ないし複数の競争者を害するだけでは十分ではない」とする(See, Microsoft, supra note 54, at 58)。

⁹² 例えば、米国の競争当局は「競争過程の保護に着目することは一方的行為の違法/合法を識別する上でとりわけ重要である(The focus on protecting the competitive process has special significance in distinguishing between lawful and unlawful unilateral conduct)」との認識を示し、企業の単独行為について競争過程の観点から詳細な論点整理を行っている(U.S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008), at 11)。

93であり、「商品役務の費用を低下させたり、提供する商品役務の魅力を増す」94ことを追求する過程であるとされ、このことから競争過程は能率競争(competition on the merits)概念と実質的に同一視し得るものと解される95。

また、連邦最高裁をはじめとする米国裁判所が、反トラスト法は「競争者ではなく競争を保護すべく制定された」96と繰り返し説示してきたように、反トラスト法の直接の保護法益は競争それ自体であり、この文脈で観念されている競争とは競争過程にほかならない。換言すれば、反トラスト法が介入するには不当とされる排除行為により競争過程が害されたことが必要なのであり、このことは前述の Microsoft 事件連邦控訴裁判決における排除行為についての行為要件論に一致する97。さらに、Aspen 事件連邦最高裁判決は被告の行為が反競争的なものであると評価する上で消費者への影響を考慮する必要があると説いているが98、競争過程が害された場合、その因果的帰結として消費者利益も害されると推察されるため、競争過程への加害の有無を識別することにより、消費者への影響を推定し、もって行為の特性を判断するという判例法理に整合的なアプローチを見出すことも可能であろう。

よって、ここで定位される「排除行為」とは、すなわち「反競争的な行為」であって、これは「競争過程を害する行為」と同義であって、従って「能率競争によらない排除行為(或いは、効率性によらない排除行為)」ひいては「消費者利益を侵害する行為」と解することが妥当であると思われる99。

それでは、能率競争によらない排除行為が反競争的な行為であるとして、これはいかなる形で識別し得るのであるだろうか？ 近時の議論においては、以下のような考え方が提示されている。

3-2. 短期的利益犠牲テスト(short-term profits sacrifice test)、および経済的不合理性テスト(no economic sense test)

Aspen 事件連邦最高裁判決において最高裁は、①競争者への影響、②消費者への影響、

93 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(二)」民商法雑誌 139 巻 4・5 号(有斐閣・2009 年)440 頁。

94 川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣・1999 年)354 頁。

95 川濱教授は競争過程を能率競争概念と接続的に捉える一方で、競争過程を重要視することの意義を説く。すなわち、競争過程への害が認識されることにより反トラスト私訴における権原配分が基礎付けられ(日本法においては独禁法 25 条無過失損害賠償請求権が基礎付けられ)、権原配分が基礎付けられることにより競争過程のあり方に対する一定の価値判断が当事者間で相互に作用しあうルールとして自律的に機能すると説き、競争過程の原理的側面に着目する(川濱・前掲注 93, 451~454 頁)。

96 See, *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 767 n 14 (1984), (quoting *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977), (quoting *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962))).

97 See, *Microsoft*, supra note 54, at 58.

98 See, *Aspen*, supra note 3, at 605.

99 ここでの能率競争概念は「効率性によらない排除」を問題とする点において厚生テストと同じ視座を有するが、厚生テストが専ら競争結果としての厚生が多寡に着目するのに対し、能率競争概念は主として競争過程における行為の適否に着目する点において厚生テストと分析視角を異にする。

および③競争手段がもたらす競争への影響の観点から行為の反競争性を評価すべきと説き¹⁰⁰、本件では、①、②、ならびに③に関する何れの事実も行為の反競争性を基礎付けるものと認め、とりわけ、③については短期的な利益犠牲の証拠から行為の反競争性を認定している¹⁰¹。

上記③で提示された見方は、いわゆる「短期的利益犠牲テスト(short-term profit sacrifice test)」と称されるアプローチであり、Ordover & Willig による「略奪」の定義、すなわち、「競争者の退出を誘い出し、独占利潤を得ることを目的に、競争状態でなら稼げたかもしれない利益の一部を犠牲にした競争者への対応」¹⁰²をその考え方の基礎として、市場支配的企業が、短期的には利益を犠牲にすることと引き換えに、長期的には独占を形成し、或いはその地位を強化した後に、より大きな利益を期待する意思を有すると認められる場合に、当該市場支配的企業の排他的行為を能率競争によらない排除行為と捉えるものである¹⁰³。

また、近時の学説においても排除行為に対する識別基準として短期的利益犠牲テストを採用することに積極的な見解を示す論者があり、Melamed は、同テストを採用することの優位性として下記 4 点を掲げる¹⁰⁴。すなわち、

- ①：利益犠牲テストが静学的な意味(static sense)¹⁰⁵において厚生を減少させる行為のみを非難するものであり、比較衡量テスト(本稿にいう厚生テスト)よりも積極過誤を犯すリスクが低い。
- ②：利益犠牲テストの趣旨は、たとえ市場支配力を伴うものであったとしても、企業に技術や先見性および勤勉さの成果を獲得する権利を与えるものであり、能率競争(competition on the merits)に依らない行為のみを非難する反トラスト法の趣旨と合致する。
- ③：排除や市場支配力の獲得以外に意味を成さない行為のみを非難することにより、利益犠牲テストは反トラスト法が反競争的な意図(anticompetitive intent)が明らかに認められるような行為のみを非難するものであることを保証する。
- ④：利益犠牲テストは、企業に対して反トラスト法違反を回避するための単純で有効な指標を提示するものである。

ここで、短期的利益犠牲の「犠牲」は、排他的行為の結果として、自らが実際に「損失」

¹⁰⁰ See, Aspen, *supra* note 3, at 605.

¹⁰¹ *Id.* at 608-611.

¹⁰² See, Ordover & Willig, *supra* note 50, at 9-10.

¹⁰³ See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b2. at 102.

¹⁰⁴ See, Melamed 2005, *supra* note 47, at 1256-1257.

¹⁰⁵ ここで「静学的な意味」とは、短期的利益犠牲を伴う行為が、長期的には市場支配力を増大させ、結果として厚生を減少させてしまうという事象展開が(変動することなく)有意に生起するであろうことを意味する(*Id.* at 1256)。

を被っている場合に限定しなければならないとされ、費用増分が収入増分よりも大きい場合に「損失」として認定される¹⁰⁶。また、当該排他的行為は自らが損害を被る行為なので、行為の不合理性を推定できる¹⁰⁷。

他方、Elhauge によれば、短期的には利益犠牲を伴う行為であっても、反競争的と評価できないものがあり、その代表例が研究開発投資であると指摘する¹⁰⁸。研究開発投資や設備投資等、イノベーションを促す投資は短期的には利益犠牲を伴うが、投資効果として、長期的には競争者の製品を市場から駆逐し、当該投資実行企業に超過利潤をもたらすことが期待される。このプロセスは客観的には短期的利益犠牲テストが違法視する状況に合致するものであるが、これは本来的に望ましい行為であり、合理的な企業行動であると評価できる¹⁰⁹。

この批判に対応して短期的利益犠牲テストを洗練させたのが Werden の主唱する「経済的不合理性テスト(no economic sense test)」である¹¹⁰。これは、競争を排除し減少させるような反競争効果が無い限り、被告にとって経済的に意味が無い行為(経済的に不合理な行為)を違法とするものであり、企業の合理的な行動を短期的利益犠牲テストの射程から外し、違法領域をより限定的かつ適切に設定することを志向したものである¹¹¹。この基準によれば Elhauge の指摘する研究開発投資等、企業の合理的行動まで違法としてしまう状況は回避できる。

しかしながら、これら短期的利益犠牲テストや経済的不合理性テスト(以下、両者を併せて「利益犠牲テスト(profits sacrifice test)」という)¹¹²を「包括的な排除行為識別基準(general rule for distinguishing between exclusionary act)」とすることには以下に見るような異論がある。

3-3. 包括的な排除行為識別基準としての利益犠牲テストの限界

¹⁰⁶ See, Aaron S. Edlin, and Joseph Farrell, 'The American Airlines Case: A Chance to Clarify Predation Policy (2001)', John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White, "The Antitrust Revolution 4th ed.", 525 (2004), [hereinafter, 'Edlin & Farrell'].

¹⁰⁷ これとは異なり、機会費用(opportunity cost)を「犠牲」にしている場合、すなわち、市場支配的企業が損失は出していないが、他のより利益の大きい供給・販売手法を採用せず、より利益の低い供給・販売手法を採用している場合(例えば、新製品の普及を狙った浸透価格(penetration pricing)による販売)には事業採算性や競争促進効果の観点から違法視すべきではないとされる(Id. at 509)。

¹⁰⁸ See, Einer Elhauge, 'Defining Better Monopolization Standards', 56 Stan. L. Rev. 253, 274 (2003), [hereinafter, 'Elhauge'].

¹⁰⁹ Ordover & Willig の論文も研究開発といったイノベーションに向けた行為が不当視されるのは如何なる場合かという識別問題を扱ったものである(See, Ordover & Willig, supra note 50)。

¹¹⁰ See, Gregory J. Werden, 'Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: "No Economic Sense" Test', 73 Antitrust L.J. 413, LEXSEE page 5 (2006)。

¹¹¹ 経済的に合理的かどうかを審査するには、反競争の効果が無くともそのような行為を行う合理性があるのか(すなわち、競争を害すること無しに利益となるであろうか)という反事実的な評価を必要とすることから「バット・フォー・テスト(but for test)」と呼ばれることもある(参照 川濱・前掲注 83, 28 頁)。

¹¹² 経済的不合理性テストは、被告企業における利益犠牲を伴う行為が経済的に合理的か否かを審査するものであり、短期的利益犠牲テストの適正化を図ったものであるが、利益犠牲(ないしコスト負担)に着目して違法決定をする点において両者は基本的に同じアプローチを採る(参照 滝川・前掲注 69, 46 頁)。

まず、利益犠牲テストが字義通り「利益犠牲」を前提とした識別基準であることから、利益犠牲を伴わない反競争的行為を評価できない点が指摘される¹¹³。具体的には支配的企業による拘束条件付取引や抱き合わせは当該支配的企業において利益犠牲を伴う行為ではないが反競争効果を有するとともに、当該支配的企業に超過利益をもたらす¹¹⁴。或いは、詐欺的手段や見せかけの訴訟(sham litigation)は、相手方に対する事業活動の妨害やコスト負担を増大させる排他的行為であるが、これらは違法審査において行為の不公正さが問題とされるのであって、行為者による利益犠牲の事実は必要としない¹¹⁵。

また、利益犠牲テストは問題となる排他行為の競争者に対する影響や消費者厚生への損失を考慮しない。これは、消費者厚生を基準とする厚生テストにおいて分析の複雑さをその欠点として捉えた点に鑑みれば、利益犠牲テストを採用することのメリットとも考えられるが、当該排他行為の行為者自身に対する影響にのみ着目し、競争者や消費者に対する影響を考慮しないことは評価基準として不十分であるとの見方がある¹¹⁶。

以上のような指摘を踏まえれば、利益犠牲テストの適用可能な範囲は限定的であり、これをシャーマン法 2 条上の包括的な排除行為識別基準として採用することは、その射程の狭さから消極的に解されよう。

他方、個別的な排除行為、とりわけ本稿との関連から「単独・直接の取引拒絶」に対する違法性識別基準として利益犠牲テストを採用することについては、以下に見るような可能性が見出される。

3-4. 単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準として利益犠牲テストの採用可能性

まず、短期的利益犠牲テストは、略奪価格の違法審査における「埋め合わせテスト(recoupment test)」¹¹⁷と整合的であるとされる。これは、短期的利益犠牲テストが略奪価格の違法要件を設定するための法理論として発展した経緯によるものであり¹¹⁸、両者の考え方は基本的に一致する。よって、略奪価格に対して利益犠牲テストを採用することにつ

¹¹³ See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b2. at 103.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ See, Melamed 2005, *supra* note 47, at 1260.

¹¹⁶ 岡田直己「一方的取引拒絶の規制における『短期的利益の犠牲』について—トリンコ事件連邦最高裁判決の検討を中心に—」法学政治学論究 第 71 号(2006 年)173 頁。

¹¹⁷ Brooke Group 事件連邦最高裁判決で示された違法認定要件であり、コスト割れ価格による損失を埋め合わせる「危険な蓋然性」もしくは「合理的可能性」の存在を立証することにより違法と認定される(See, Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993))。

¹¹⁸ 「埋め合わせテスト」が判例として確立する以前から、Areeda & Turner 両教授は、「利益犠牲」と「埋め合わせ」に着目することの必要性を指摘し、「競争者を市場から退出させる目的で現在の利益を犠牲にし、競争が無くなった段階で、より高い利益を稼ぐことを通じて損失を埋め合わせること」を略奪価格の典型例と捉えていた(See, Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, 'Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harv. L. Rev. 697, 698 (1975))。

いては妥当性を有するとの見方が一般的である¹¹⁹。

また、略奪価格と同様に、「利益犠牲」の概念が当てはまる単独・直接の取引拒絶においても利益犠牲テストの適用可能性が認められる。例えば、単独・直接の取引拒絶の違法性が争われた *Aspen* 事件連邦最高裁判決は、被告が短期的利益を犠牲にして競争者に損害を与えることにより長期的にアスペン市場において競争を減殺し、独占を実現することを図った事案として捉えられ、最高裁は被告の行為が反競争的なものであることを裏付ける一つの根拠として短期的な利益の犠牲に着目した¹²⁰。

さらに、競争者へのアクセス拒絶が争われた *Trinko* 事件連邦最高裁判決において、司法省(DOJ: Department of Justice)と連邦取引委員会(FTC: Federal Trade Commission)が共同で提出した意見書¹²¹によると、「被告が独占力を維持・獲得する限りにおいてのみ意味を持つような短期的利益や営業権益の犠牲を伴う場合、当該行為は排他的である(conduct is exclusionary where it involves a sacrifice of short-term profits or goodwill that makes sense only insofar as it helps the defendant maintain or obtain monopoly power)」¹²²と述べるとともに、「もし、そのような拒絶が利益やビジネス機会の犠牲を伴うならば、競争を排除し減少させる場合にのみ経済的な意味を持つため、当該拒絶行為は排他的であり本来的に違法である(If such a refusal involves a sacrifice of profits or business advantage that makes economic sense only because it eliminates or lessens competition, it is exclusionary and potentially unlawful)」¹²³との見解が示され¹²⁴、DOJ と FTC という米国の競争当局が共に違法な取引拒絶の識別基準として短期的利益犠牲テスト(乃至その洗練されたバージョンである経済的不合理性テスト)を支持する立場にあることをうかがわせる¹²⁵。

¹¹⁹ なお、今日、略奪価格に対する違法性識別基準としては Posner の主唱する「同等効率的競争者テスト(equally efficient rival test)」の適用可能性が議論されている。Posner によれば、排除とは「当該状況において、被告の属する市場から同等もしくはそれ以上に効率的な競争者を排除しそうな行為」であると定位され、「効率性に基づいて競争することを本来あるべき競争とするならば、効率性に劣っている者が市場から淘汰されるのは仕方の無いことである」という、競争を淘汰のプロセスとみる適者生存の考えをその前提とする(See, Richard A. Posner, “Antitrust Law 2nd ed.”, 194-195 (2001), [hereinafter, ‘Posner’]).

¹²⁰ See, *Aspen*, supra note 3, at 608-611.

¹²¹ Brief for the United States and Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner, 2003., *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), [hereinafter, ‘DOJ & FTC, Amici Brief’].

¹²² Id. at 16.

¹²³ Id. at 19.

¹²⁴ なお、DOJ と FTC の共同意見書は、短期的利益犠牲テストに準拠しつつ、*Trinko* 事件において、被告は短期的利益を犠牲にしていなかったため、アクセス拒絶は違法ではないとの立場をとる。また、同事件連邦最高裁判決で最高裁は DOJ と FTC の共同意見書を明示的には採用していないが、*Aspen* 事件連邦最高裁判決で示された短期的利益犠牲の考え方を参照している(See, *Trinko*, supra note 39, at 409)。*Trinko* 事件の詳細は次章を参照。

¹²⁵ 米国競争当局(DOJ および FTC)は単独の取引拒絶事案における違法性識別基準として短期的利益犠牲テストの洗練されたバージョンである経済的不合理性テストを採用することにも肯定的な立場をとる。例えば、*Trinko* 事件における DOJ と FTC の共同意見書では、両競争当局が短期的利益犠牲テストに準拠する前提として経済的不合理性を伴う行為を略奪的ないし排他的と捉える立場を表明している(See, DOJ & FTC, Amici Brief, supra note 121, at 15 (conduct is not exclusionary or predatory *unless* it

他方、学説においては利益犠牲テストを単独・直接の取引拒絶の違法性識別基準として採用することについて未だ議論が収束していない。

Melamed は、「市場支配力を維持・獲得する以外にビジネス上の意味を持たない無益な取引拒絶は反競争的である」と定位しつつ、利益犠牲テストは効率に基づかない反競争的な取引拒絶を識別することが可能であることから、「利益犠牲テストは取引拒絶事案に適合的であり整合性を有する」と評価する¹²⁶。

Salop は、「利益犠牲テストは反競争的な目的に関する証拠を見出す上で有効なテストであり、一方的取引拒絶事件においては、当該取引拒絶行為が排他的であるか否かを決定する上で有用となり得るものである」と述べ¹²⁷、「目的の不当性」を識別する基準として利益犠牲テストを採用することに積極的な立場を採る。

Hovenkamp は、「シャーマン法 2 条の下で一方的取引拒絶を違法判定するための条件として、短期的な利益の『犠牲』は必要条件ではあるが、十分条件ではない」とし¹²⁸、事業法や他の規制法規等との関係をも考慮する必要があることを説く¹²⁹。

Fox は、取引拒絶事案において短期的利益犠牲テストがシャーマン法 2 条違反を認定するための一つの法理論であることは認めつつも、依拠すべき唯一の法理論ではないとし、短期的利益犠牲テストは主として行為の反競争的性格を推論するために援用されているに過ぎないとの限定的評価を与える¹³⁰。

川濱教授によれば、利益犠牲テストは不当な排除を識別するための「一般的な定義にはなり得ないものの、廉売行為や単独かつ一方的な取引拒絶、設備投資など一見したところ正常な競争手段と考えられる行為が、なお、人為的に競争を排除する場合を識別する、いわば人為性を明確にとらえる第一段階の基準としては、この基準は有用なものと考えられる(傍点筆者)」として¹³¹、単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断基準の一つの要素となり得ることを認めつつ、そのみでは違法性判断基準として不完備であるとの立場を採る

would make no economic sense for the defendant but for its tendency to eliminate or lessen competition.)). また、Dentsply 事件連邦控訴裁判決において、DOJ は、被告が競争者の製品を取り扱うディーラーとの取引を終了し、競争者との取引を取り止めた場合にのみ取引に応じる政策を実行したことについて「競争者に損害を与える以外に経済的に意味を持たない(made no economic sense but for their tendency to harm rivals)」ものであると捉え行為の違法性を指摘している(See, Brief for the United States at 28, United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005) (No. 03-4097), available at <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f202100/202141.pdf>)).

¹²⁶ See, Melamed 2005, *supra* note 47, at 1265-1266.

¹²⁷ See, Salop, 'Exclusionary Conduct', *supra* note 71, at 2-3.

¹²⁸ See, Herbert Hovenkamp, 'Exclusion and the Sherman Act', 72 U. Chi. L. Rev. 147, at 157(1975).

¹²⁹ Areeda & Hovenkamp の体系書では、略奪価格が争われた Brooke Group 事件連邦最高裁判決における「埋め合わせテスト」こそが利益犠牲テストの代表的事例であると定位しつつ、一方的取引拒絶に関して、「もし我々が取引拒絶を違法判定したいならば、我々は反競争的な拒絶を構成する個々の小さな要素を識別する仕組みを持つ必要がある」として事案の具体的状況に応じて違法判定の基準があり得ることを示唆するとともに、「利益犠牲テストは一方的取引拒絶事件において事案の外延を画するうえで有効である」として第一段階における識別基準としての有効性を認める(See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b2. at 102).

¹³⁰ See, Eleanor M. Fox, 'Is There Life in Aspen After Trinko? The Silent Revolution of Section 2 of The Sherman Act', 73 Antitrust L. J. 153, LEXSEE page 8 (2005).

¹³¹ 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌 139 巻 6 号(有斐閣・2009 年), 594 頁。

このように、単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準として利益犠牲性テストを採用することについて、学説の評価はなお流動的な状況にある。Melamed や Salop が指摘するように、同テストは単独・直接の取引拒絶に伴う結果の不合理性(利益犠牲性)から被告企業の行為の反競争性を評価する基準としては妥当であるかもしれない。また、Hovenkamp や Fox 或いは川濱教授においても、少なくとも単独・直接の取引拒絶の反競争性を立証するための第一段階の基準¹³³として同テストを採用することには概ね異論が無いように見受けられる。

しかし、単独・直接の取引拒絶を巡る事案の状況が一樣ではない中で、利益犠牲性テストは競争者の事業活動に及ぼす影響や消費者に与える影響までも評価する機能は有しておらず、当該取引拒絶の違法性を認定する上で、利益犠牲性テストを必要かつ十分な基準として定立することの合意は得られていない。

よって、単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準としての利益犠牲性テストの位置付けは、行為の反競争性を裏付けるための一つの基準ないし第一段階の基準として機能するものではあるが、当該取引拒絶を包括的に違法認定する基準としての役割を担うには至っていないように思われる。

3-5. 単独・直接の取引拒絶に対する利益犠牲性テストの射程とその限界

利益犠牲性テストが、行為の反競争性を識別するための一つの基準としては有効であるとして、その適用範囲が問題となる。具体的には、単独・直接の継続取引拒絶(以下では単に「継続取引拒絶」と記載する)と単独・直接の新規取引拒絶(以下では単に「新規取引拒絶」と記載する)それぞれへの適用可能性を検討する必要がある。

まず、継続取引拒絶に関しては、自らが利益を見込んで取引を開始し、その後、利益を得ているからこそ当該取引を継続していたとの合理的推定が働くため、これを拒絶という形で終了することにより被告側に利益犠牲が生じることは有意に推定される¹³⁴。よって、継続取引拒絶に対して利益犠牲性テストを適用することに特段の問題はないと思われる。

次に、新規取引拒絶に関しては、相手方からの新規取引の申し込みを拒絶することにより利益犠牲が生じるか否かが問題となるが、ここで定位される利益犠牲とは、機会費用と

¹³² これらのほかに、Jacobson & Sher は利益犠牲性テストの形成過程を踏まえて、その適用範囲を略奪価格と取引拒絶に限定すべきとする立場を採る(Jonathan M. Jacobson; Scott A. Sher, "No Economic Sense" Makes No Sense for Exclusive Dealing', 73 Antitrust L. J. 779, LEXSEE page 3 (2006))。

¹³³ ここに言う「第一段階の基準」とは、原告が利益犠牲性の証拠を示すことにより違法推定を与え、反証責任を被告側に転換すること等が考えられる。

¹³⁴ この見方は、Aspen 事件連邦最高裁判決において、被告企業の利益犠牲性を伴う行為変化(自ら進んで開始した共通リフト券の一方的な販売終了)に違法性を見出した解釈と合致する(See, Aspen, supra note 3, at 603)。

しての損失ではなく、実際の費用としての損失であることに留意する必要がある¹³⁵。すなわち、被告側に利益が見込まれる新規取引の申し込みが相手方よりなされたとして、被告側がこれを拒絶することは機会費用としての損失(未実現利益)ではあるものの、実際の費用としての損失(実損失)ではないため、当該新規取引の申し込み拒絶は利益犠牲とは観念されず、また、当該新規取引の申し込み拒絶は、取引先選択の自由、および取引先選択の自由を前提としたイノベーション創出の可能性の観点から許容すべき行為であると考えられる¹³⁶。

他方、ここで問題とすべき新規取引拒絶の状況とは、取引義務の無い相手方に対して、未だ取引関係が存在しない状態を初期値(ベースライン)として、相手方から新規取引の申し込みがなされ、被告側がこれを拒絶した場合に、被告側に実際の費用としての損失が生じるか否かであり、当該状況において被告側の利益状況は変化していない(拒絶の前と後とで利益も損失もゼロのままである)ため、被告による当該新規取引の申し込み拒絶を利益犠牲性テストにより違法判定することはできないと考える¹³⁷。

よって、継続取引拒絶については利益犠牲性テストの効力の及ぶ射程圏内にあると考えられるが、新規取引拒絶については、取引義務等の無い限り(上記ベースラインの問題を克服できない限り)、実際の費用としての損失が生じる状況にないため利益犠牲性テストの効力の及ばない射程圏外にあると考えられ、利益犠牲性を根拠として新規取引拒絶を違法判定することはできないと思料される¹³⁸。

¹³⁵ See, Edlin & Farrell, *supra* notes 106, 528.

¹³⁶ 機会費用の損失というレベルでの取引拒絶に関しては、Colgate 事件連邦最高裁判決で示された取引先選択の自由についての見解、すなわち「独占を形成し又は維持する目的を欠く場合、完全に私的な事業に携わる取引業者や製造業者に永らく認められてきた権利、すなわち、取引したい相手方と取引をするという、自己の独立した選択権を自由に行使することを法は制限しない」との見解が妥当するものと考えられる(United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919))。

¹³⁷ 川濱教授によれば、ライバル費用引上げ戦略(後述)の文脈で、単独かつ一方的取引拒絶を捉えた場合、「取引義務があるという前提で取引が拒絶された場合等に、初めて費用引上げ戦略と見なされて」当該取引拒絶を違法視できると説くとともに、「単なる協力拒否であれば、協力を行わないことを基準と」すべきであるとして費用引上げ戦略の観点から当該取引拒絶を違法判定できないとも説く(川濱・前掲注131, 600頁)。この見解に従えば、新規取引の申し込み拒絶は、取引義務が無い限り「単なる協力拒否」であり、協力を行わないことを基準とすれば、当該新規取引の申し込み拒絶は被告側の利益状況が何ら変わらないことを意味し、利益犠牲性の観点から被告側を非難できないことになろう。また反対に、取引義務が存在する状況(例えば規制産業)において、相手方からの新規取引の申し込みを拒絶した場合、取引規定により設定される利益水準をベースラインとして、当該新規取引の申し込み拒絶により生じる利益犠牲性を根拠に違法性を問うことは可能であるとする(この点に関し、事業者取引義務が課されるような状況においては、通常、事業活動を規律する事業法と事業活動を監督する規制当局が存在し、一般に「合理的な取引価格」が規定されている。従って、事業者当該「合理的な取引価格」に基づく取引義務を課したとしても、事業者の側に利益犠牲性を強要するような不合理な状況は生起せず、能率競争の範囲内で規制することが可能であると解される)。

¹³⁸ なお、新規取引拒絶に対する規制法理を利益犠牲性とは異なる視角から説明するのが Elhauge である。Elhauge によれば、他の第三者と競争者とを差別することと、自己以外の全ての者を一律に自己よりも不利に取り扱うことは区別すべきであり、後者は財産権に固有の行為として保護されるべきものであると指摘する。すなわち、他の第三者との間で既に取引があるにもかかわらず、競争者からの新規取引の申し込みを不当に拒絶することは差別的取扱として違法と捉えるのに対し、誰とも取引をしていない状況において、競争者からの新規取引の申し込みを拒絶することは財産権の行使として適法と捉えるもの

《小括》

以上のように、利益犠牲テストは利益犠牲を伴う行為の不合理性に着目したものであり、指標としての明確さや運用上の扱い易さから、規制当局を中心に排除行為の識別基準として受容されている状況が見受けられる。

もっとも、本稿における分析によれば、厚生テストのみならず利益犠牲テストも排除行為に対する包括的な違法性識別基準とすることは妥当ではなく、利益犠牲テストは略奪価格や単独・直接の取引拒絶といった字義通り「利益犠牲」を伴う排他的行為についてのみ、かつ、行為の反競争性を識別する基準としてのみ有効に機能するものと思料される。

また、重要な考慮事項として、単独・直接の取引拒絶のうち、継続取引拒絶については実損失を伴うため利益犠牲テストを適用することは可能であると考えるが、新規取引拒絶については、通常(取引義務等によってベースラインを設定できない限り)、実損失を伴わないため利益犠牲テストを適用することは不可能であり、利益犠牲の視角から新規取引拒絶の違法性を評価できない。

よって、今日の議論を参照する限りにおいては、単独・直接の取引拒絶に対して利益犠牲テストの適用可能な局面は限定的であり、同テストの適用可能な局面をより広範に見出すには何らかの形でベースライン問題を克服する必要があると解される。

第4節 行為の性格に着目した違法性識別基準の探索(行為アプローチ：とりわけ不当なライバル費用引上げの観点から)

利益犠牲テストが「行為」の反競争性を裏付けるための要素として機能するとして、利益犠牲テストは専ら行為者自身へ及ぼす影響(利益犠牲という不合理性)から行為の不当性を識別するテストである。そして利益犠牲を伴う行為は、短期的な利益を犠牲にして競争者を排除し、長期的には独占を形成することを推認させることから、利益犠牲テストは競争者排除といった「目的の不当性」を識別するテストとして機能するものと解される。

他方、これと異なり、相手方へ及ぼす影響(相手方へ及ぼす不合理性)という観点から行為

であり、保有財産に対する排他的権利は合衆国憲法修正第5条により保障されたものであるため、反トラスト法によっても介入は許されず、裁判所による対価設定といった形で取引義務を課すことは困難であるとする(See, *Elhauge*, *supra* note 108, at 312-313. なお、保有財産に対する排他的権利が合衆国憲法修正第5条により所有者に保障されることを示した判例として、*Elhauge* は *Dolan* 事件連邦最高裁判決(*Florence Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S.374 (1994).)を参照する)。そして、*Elhauge* は、被告が任意で自己の所有する財産へのアクセス提供を事業として営んでいない限り、裁判所は被告が競争者を差別しているか判断できないとしつつ、被告が自己の所有する財産へのアクセスを自己の設定した価格で提供している場合、裁判所は被告に対して同等の条件で競争者とアクセスするよう要求できると説く(*Id.*)。

の不当性をいかに識別するか、という論点があり得る。すなわち、相手方の事業活動の困難化といった「効果の不当性」の観点から行為の不当性を識別するアプローチである。

以下ではこの点について改めて検討する。

4-1. ライバル費用引上げ(RRC: Raising Rival's Costs)戦略

先述のように、能率競争によらない排除行為が反競争的な行為であるとして、これはいかなる形で定式化し得るのか？この定式化問題に対する有意な考え方の一つが、従来、人為的な排除行為の悪性を基礎付けるための理論的枠組みとして Salop らにより提唱されてきたライバル費用引上げ(RRC: Raising Rivals' Costs)戦略¹³⁹に基づく分析アプローチであろう。

Salop らによれば、ライバル費用引上げ戦略とは、「自己の効率性を増大させる努力等の反映ではなく、相手方の効率性を害する行為の結果、競争者からの競争上の抑制をなくし、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす戦略」¹⁴⁰と説明される。またこの概念は、競争者を市場から完全に排除するに至らなくとも、競争者の費用を引き上げることにより競争圧力を緩和し、行為者である支配的企業が価格を上昇させ、或いはシェアを増大させることが可能になることをも包摂して不当視する¹⁴¹

ここで、Salop らによって説明される「ライバル費用引上げ」は、競争者の排除といった「目的の不当性」と、競争者の事業活動困難化といった「効果の不当性」の双方を包摂した概念であり能率競争に反して不当に競争者の費用を引き上げることを意味するものである。本稿ではこのように反能率競争性ないし不当性を内包したライバル費用引上げを「不当なライバル費用引上げ」と表記する。

これに対し、「目的の不当性」が自明ではない「ライバル費用引上げ」(例えば、後述するような供給量の増大や競争対抗上のプロモーション活動等)も存在し、この場合には競争者の事業活動困難化といった「効果の不当性」は認定できるが、排除行為該当性を判断する上で、別途「目的の不当性」を認定することが必要とされる。本稿ではこのような客観的なライバル費用引上げを単に「ライバル費用引上げ」と表記する。

上記より、「効率性によらない排除行為」を「反競争的な行為」と定義する立場からすれば、不当なライバル費用引上げに該当する行為は「反競争的な行為」と定位し得るものであり、判例においても、被告が競争相手の費用を不当に引き上げたことを「反競争的な行為」と捉えてシャーマン法違反を認定したものが数多く存在する¹⁴²⁾¹⁴³。

¹³⁹ See, Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, 'Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price', 96 Yale L.J. 209 (1986), [hereinafter, 'Salop, RRC'].

¹⁴⁰ 川濱・前掲注 131, 597 頁。

¹⁴¹ See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b5. at 107.

¹⁴² 例えば、ヘルスケア事業を営む被告が低所得層の患者を競争者に移送した政策は、競争者の費用を不当に引き上げる効果を有するとして違法認定した判例(Forsyth v. Humana, Inc., 114 F.3d 1467, 1478 (9th Cir. 1997))や、法律学校を営む支配的事業者である被告が授業予定を競争者の授業予定に対抗させた行為

もっとも、不当なライバル費用引上げは、排他条件付取引や抱合せ取引などの垂直的取引契約において、排他的権利がもたらす効用と弊害を反トラスト法の視角から基礎付けることを目的として理論形成されてきたものであり¹⁴⁴、その出自において、排除行為の識別基準となることを目的として理論形成されたものではない。しかるに、不当なライバル費用引上げが「反競争的な行為」の行為要件としての適合性を有しているであろうことは判例等の状況からかなりの程度の確度を持って認められ¹⁴⁵、不当なライバル費用引上げに該当するか否かの適合問題は、効率性によらない排除か否かの識別問題に一致するものと考えられる¹⁴⁶。

なお、不当なライバル費用引上げの概念に内包される不当性の要素は、競争者の排除といった「目的の不当性」に見出され、これは先述のように短期的な利益を犠牲にして競争者を排除し、長期的には独占を形成することを推認させる利益犠牲の概念と重複ないし一致する。本稿は利益犠牲を一つの有力な排除行為識別基準として捉えるものであり「目的の不当性」はここで考慮することで足りると解されるため、以下では専ら競争者の事業活動困難化といった「効果の不当性」を識別する基準として「ライバル費用引上げ」の採用可能性を検討する(ここで、「効果の不当性」を識別する基準としての「ライバル費用引上げ」を「ライバル費用引上げテスト」と称する)。

4-2. ライバル費用引上げテストの排除行為に対する包括的な違法性識別基準としての採用可能性

ライバル費用引上げテストが、包括的な排除行為識別基準としての妥当性を具備しているか否かに関して、まず、競争者の費用を引き上げることを必要としない排除行為が捕捉

は、競争者の費用を不当に引き上げる効果を有するとして違法認定した判例(Multistate Legal Studies, Inc. v. Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications, Inc., 63 F.3d 1540, 1553 (10th Cir. 1995))等がある。

¹⁴³ 経済学的な視角から不当なライバル費用引上げ戦略を評価した場合、当該不当なライバル費用引上げ戦略に基づく企業行動は、競争企業の価格を上昇させその供給量を減少させる一方で、自社の価格と供給量を上昇させ、企業利潤を高める効果があり、その結果として、市場への供給量は減少し、かつ独占化の可能性が高まるため、経済厚生の変化はいずれの側面でもマイナスの影響を受ける。よって、企業に独占化の意図があるかどうかには依存せず、このような行為は規制することが妥当である(但し、独占化の可能性を評価する必要はある)との考え方が示されている(長岡貞男「独占化行為の規制への経済理論からの含意：利潤犠牲を中心に」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報 第28号(2007年・有斐閣)101頁)。

¹⁴⁴ 垂直的取引契約は当事者に排他的権利を保障することにより、当事者間における取引コストを低減し、競争者のただ乗り(free-riding)を防ぐ効用を有する一方で、競争者の取引コストを増大させ、競争水準を超える価格設定を可能にする弊害をも有すると指摘する(See, Salop, RRC, *supra* note 139, at 228-229)。

¹⁴⁵ 川濱教授によれば、「競争過程への害」という視点が重要視される今日の状況において、「競争者の費用を引き上げることによって競争の抑制を妨害する戦略は、これを不当な排除(ないし妨害競争の典型)と見ることに異論が少ない(わが国では皆無かもしれない)類型である」として、不当なライバル費用引上げ戦略を「反競争的な行為」の行為要件とすることに積極的な立場を示す(川濱・前掲注 131, 592頁)。

¹⁴⁶ Areeda & Hovenkamp は、シャーマン法 2 条上の排除行為の定義付けと識別基準の定立問題において、厚生テストや利益犠牲テストと同様に不当なライバル費用引上げ戦略も選択可能な概念として位置付けている(See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b. at 98-109)。

できない点が指摘される。具体的には略奪価格に代表される略奪型の行為類型を評価できない。Posnerによれば、略奪価格政策は競争者にコスト割れ販売を強いることで破綻させるものであり競争者のコストに影響を及ぼすものではない(すなわち、コストを増大させるのではなく、利益を減少させる戦略である)ため、ライバル費用引上げテストは略奪型排除行為に対して必要条件でも十分条件でもないとする¹⁴⁷。

また、Hovenkampによれば、支配的事業者が供給量を増大することで、競争者における規模の経済性を奪い、競争者の供給量を減少させることにより費用関数を引き上げることや、競争者における競争対抗上の積極的なプロモーション活動の必要性を高めることにより費用負担を増大させることは、いずれもライバル費用引上げではあるが、このような行為のほとんどは、通常、効率性の追求過程で生じる適法な行為であり、「目的の不当性」が自明ではないため、これを違法と評価することはできないと述べる¹⁴⁸。

よって、ライバル費用引上げテストが排除行為の全てを捕捉するものではないこと、および、効率性追求過程においてライバル費用引上げ効果を伴う行為の全てが必ずしも違法視できないことに鑑みれば、これを包括的な違法性識別基準とすることについては消極に解されよう¹⁴⁹。

4-3. 単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準としてライバル費用引上げテストの適用可能性

ライバル費用引上げテストが排除行為一般に対する包括的な違法性識別基準としては採用できないとして、次に、個別行為に対する違法性識別基準としての適用可能性を探る必要がある。以下では本稿の主たるテーマである単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準としてライバル費用引き上げテストの適用可能性を検討する。

ライバル費用引き上げテストが単独・直接の取引拒絶に対して有効であるか否かの議論に関して、学説は積極的立場と消極的立場の双方が見受けられ見解を異にする。

まず、単独・直接の取引拒絶にライバル費用引き上げテストを適用することに積極的見解を示すのがHovenkampである。HovenkampはAspen事件連邦最高裁判決¹⁵⁰において、

¹⁴⁷ See, Posner, *supra* note 119, at 197.

¹⁴⁸ Hovenkampは、規模に勝る企業が積極的な生産活動を行うことにより、規模に劣る競争者は、競争で生き残るために経営資源を費消せざるを得ない状況に置かれると述べて、たとえ競争者に費用負担を強いるものとなろうとも、このような行為は競争の本質(the heart of competition)であると論じる(See, Hovenkamp, *supra* note 65, at 324).

¹⁴⁹ Areeda & Hovenkampは体系書において、「ライバル費用引上げは排他行為の定義として時として有効ではあるが不完全でもある(RRC is sometimes useful but also incomplete definition of exclusionary practices)」と述べ、「ライバル費用引上げは、排他行為に対する完璧な識別基準としては適用し得ない(raising rivals' costs can never operate as a complete test for exclusionary conduct)」と限定的な評価を与える(See, Areeda & Hovenkamp, *supra* note 53, ¶ 651b5. at 109).

¹⁵⁰ Aspen, *supra* note 3.

被告が共通チケットの販売を拒絶することにより、原告は対抗策として広告や販売促進のための費用支出を余儀なくされたとして、当該取引拒絶をライバル費用引き上げとして構成する¹⁵¹。また、Sullivanらは市場支配的事業者が取引拒絶をすることにより競争者の費用を引き上げるような場合には、当該市場支配的事業者は取引義務を負うとの立場を採る¹⁵²。さらに、Chandeubは、独占企業が不可欠な投入要素の支配を通じて競争者のコストを引き上げることが可能となるならば、当該競争者は価格を引き上げざるを得ず、当該状況において、独占企業は少なくとも当該競争者の引き上げられた価格の下限近傍水準まで価格をつけることが可能となり、競争水準を超える価格設定能力を得ることになると指摘し、この文脈において取引拒絶はライバル費用引き上げの最も極端な事例であると捉える¹⁵³。

他方、単独・直接の取引拒絶を「取引義務がある場合」と「取引義務が無い場合」とに区分し、「取引義務がある場合」にはライバル費用引き上げテストを適用することが可能であるとしつつも、「取引義務が無い場合」には同テストを適用することはできないとの考えを示すのが川濱教授である。川濱教授は「単独かつ一方的な取引拒絶の場合、仮に相手方がその投入要素を入手できないとしても直ちに費用引上げ戦略のターゲットになったとは断言できない」¹⁵⁴とし、「かような取引義務があるという前提で取引が拒絶された場合等に初めて費用引上げ戦略と見なされ」¹⁵⁵と述べる¹⁵⁶。その論拠として、川濱教授は費用引上げを測定するためのベースラインを問題とし、「単なる協力拒否であれば、協力を行わないことを基準として、反事実的想定によって、直ちに費用引上げの効果をもたらしたと評価することはできない」¹⁵⁷と論じるとともに、「第三者の活動領域に干渉する契約や拘束を契機として費用引上げ効果が生じる場合、その行為がない状況をベースラインにして、当該行為が反競争効果(費用引上げとそれに伴う市場支配力の形成・維持・強化)を持つのであれば、競争過程への害があった」¹⁵⁸と評価することができるとの考えを示す。すなわち、取引義務がある場合には、取引関係にある状況をベースラインとして、取引拒絶により競争者の費用が引き上げられたと評価し得るが、取引義務が無い場合には、取引関係に無い状況がベースラインとなるため、取引拒絶により競争者の費用が引き上げられたとは評価できないというものである。

¹⁵¹ See, Hovenkamp, *supra* note 65, at 324.

¹⁵² Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, “The Law of Antitrust: An Integrated Handbook 2nd ed.”, 128 (2006).

¹⁵³ Adam Chandeub, ‘Trinko and Re-Grounding the Refusal to Deal Doctrine’, 66 U. Pitt. L. Rev. 821, 852 (2005).

¹⁵⁴ 川濱・前掲注 131, 600 頁。

¹⁵⁵ 川濱・前掲注 131, 600 頁。

¹⁵⁶ 同様に、Tiroleらは、アクセス義務がある場合に、価格設定を操作することを標準的なライバル費用引き上げ戦略と捉える(Jean-Jacques Laffont, Patrick Rey and Jean Tirole, ‘Competition between telecommunications operators’ 41 Eur. Econ. Rev. 701, 710 (1997))。

¹⁵⁷ 川濱・前掲注 131, 600 頁。

¹⁵⁸ 川濱・前掲注 131, 601 頁。

このように、単独・直接の取引拒絶に対してライバル費用引き上げテストを適用することについて、積極的立場と消極的立場の双方より見解が示されているが、前者が概括的で帰結主義的な肯定論を展開するに止まるのに対して、後者はライバル費用引き上げテストの前提条件であるベースラインのあり方を批判的に整理しつつ、合理的な否定論を展開している点において考慮すべき意義を有し、より一層の検討を促すべく示唆を与えているように思われる。そこで、このベースラインの設定問題に関して以下に検討を試みたい。

まず、川濱教授が、取引義務のある場合とない場合とでベースラインの設定のあり方が異なると述べるのに対し、競争者に対する実際の影響としての費用増分を考慮する見地に立てば、既に取引関係にある継続取引を拒絶する場合と、未だ取引関係にない新規取引の申し込みを拒絶する場合とで設定のあり方が異なると捉えることも可能であるように思われる。その論拠として、Gavil によれば「当該行為の競争者に対する影響」という視角から行為の違法性を審査する場合、論点となるのは当該行為が競争者に及ぼす「実際の影響(actual effects)」であるとされ¹⁵⁹、この指摘を前提とすれば、単独・直接の取引拒絶が競争者に及ぼす実際の影響を測定するための基準(ベースライン)として、二分論的に「既に取引関係にある状態」か、或いは「未だ取引関係にない状態」の何れかに設定することもひとつの考え方としてはあり得、前者を継続取引拒絶のベースラインとして、後者を新規取引拒絶のベースラインとして構成することも可能であると解されるからである。

また、そのようにベースラインを設定することが妥当するならば、継続取引拒絶においては「既に取引関係にある状態」からの取引拒絶により競争者の費用は実際に増大したと評価できるが、新規取引拒絶においては「未だ取引関係にない状態」からの申し込み拒絶であり、競争者における費用は実際に増大したとは評価できない(申し込みが拒絶されなければ競争者における費用は減少したであろうところ、拒絶されたことにより競争者における費用は減少せず、費用状況は拒絶の前後で変化していない¹⁶⁰)¹⁶¹。

¹⁵⁹ Andrew I. Gavil, 'Integrating New Economic Learning with Antitrust Doctrine: Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance', 72 Antitrust L.J. 3, LEXSEE pages 13-15 (2004), [hereinafter, 'Gavil']. Gavil は行為の違法性を審査する視角として①消費者に対する影響、②競争者に対する影響、③被告自身に対する影響の3つを掲げ、それぞれ①消費者厚生、②ライバル費用引き上げ、③利益犠牲を基準とすることを提案する。

¹⁶⁰ 同様の見方から、Melamed も新規取引拒絶をライバル費用引き上げとして構成することに違和感を呈示する。Melamed によれば、ライバル費用引き上げは、排他的行為が実行されたことにより、当該排他的行為が実行されなかった場合と比べて競争者の費用が引き上げられた事案に適用すべきであるとし、新規取引拒絶の事案は、当該新規取引拒絶がなされなければ、競争者において費用が節約できたであろうところ、拒絶されたことにより費用が節約できなかったに過ぎず、これをライバル費用引き上げとして構成することに否定的立場を採る(See, Melamed 2005, *supra* note 47, at 1262)。

¹⁶¹ なお、ここで取引義務の有無と新規/継続取引拒絶の関係について整理すると、継続取引拒絶の場合は(取引義務があれば勿論のこと)取引義務が無くとも、「既に取引関係にある状態」を所与としてベースラインを設定し、競争者における費用増分を評価できると考える。Gavil は Aspen 事件連邦最高裁判決が被告の取引拒絶をはじめとする各種行為を「不必要に制限的な手段(unnecessarily restrictive way)」と評価した点を捉えて、これをライバル費用引き上げ戦略、ないしライバル利益引き下げ戦略と構成している(See, Gavil, *supra* note 159, at 15)が、Aspen 事件は取引義務の無い継続取引の拒絶が違法判定された事案であり、「既に取引関係にある状態」を所与としてベースラインを設定し、ライバル費用引き上げ戦略

よって、単独・直接の取引拒絶に対する違法性識別基準としてライバル費用引き上げテストを適用することに関しては、継続取引拒絶に対しては有効であると考えるが、新規取引拒絶に対しては取引義務等が無い限り(ベースライン問題を克服できない限り)有効に機能しないと考える。

なお、上記のように、「既に取引関係にある状態」と「未だ取引関係にない状態」をそれぞれ継続取引拒絶と新規取引拒絶のベースラインとして設定し、競争者における「実際の費用増分」を測定するアプローチは、利益犠牲テストで被告における「実際の利益犠牲」を測定するのと同様のアプローチであり¹⁶²、取引拒絶という事象において利益犠牲(被告自身に対する影響)とライバル費用引き上げ(競争者に対する影響)を接続的に説明することを可能にするものであると思料され、法理論としての一貫性と整合性を具備していると思われる¹⁶³。

第5節 単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断枠組みの再構成

5-1. ライバル費用引き上げテストと利益犠牲テストによる違法性判断枠組みの再構成

本章の前4節における検討によれば、単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断の理論的枠組みに関して、以下のように再構成することが可能であると思われる。

- ①：単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断は、**Aspen** 事件連邦最高裁判決によって示された立証プロセス、すなわち、「行為の反競争性」を排除行為該当性の判断要素としつつ、これを「短期的利益犠牲」の証拠によって認定するアプローチに理論的枠組みの基礎が見出せる。
- ②：「能率競争によらない排除行為」を「反競争的な行為」と解することに概ね合意が見られる中で、**Aspen** 事件連邦最高裁判決を嚆矢とする利益犠牲テストは、単独・直接の取引拒絶において行為者の「利益犠牲」に着目し「短期的な利益を犠牲にして競争者に損害を与えることにより長期的に市場において競争を減殺し独占を実現する」行為を「能率競争によらない排除行為」と評価し、「利益犠牲」の証拠から「行為の反競争性」を識別・認定するものである。また、利益犠牲テストは行為者自身へ及ぼす不合理性から行為の反競争性を導くテストであり、競争者の排除といった「目的の不当性」

として構成したものと理解できる。他方、新規取引拒絶においては取引義務がある場合に限り、「取引規定により想定される状態」を所与としてベースラインを設定し、競争者における費用増分を評価できると考える。

¹⁶² 本章第3節3-5. 参照。

¹⁶³ 後掲の図1と図2でそれぞれ継続取引拒絶と新規取引拒絶におけるライバル費用引上げと利益犠牲の状況を視覚的に表現した。

を識別するテストである。

- ③：他方、相手方へ及ぼす不合理性から行為の反競争性を導くアプローチが有り得、単独・直接の取引拒絶において競争者の事業活動の困難化といった「効果の不当性」の観点から競争者に対する費用引上げに着目し、これを識別するテストとしてライバル費用引上げテストに採用可能性が認められる。
- ④：従って、単独・直接の取引拒絶の違法性を判断するうえで、利益犠牲テストに基づく「利益犠牲」の証拠から「目的の不当性」を導き、また、ライバル費用引上げテストに基づく「ライバル費用引上げ」の証拠から「効果の不当性」を導き、これら二つの不当性から排除行為該当性の判断要素である「行為の反競争性」を論証することが可能であると解される(すなわち、「利益犠牲」の証拠、および「ライバル費用引上げ」の証拠の双方を示すことによって「行為の反競争性」を推認し得るものと思料される)。
- ⑤：利益犠牲テストにおいては被告における「実際の利益犠牲」を評価することが必要とされ、ライバル費用引き上げテストにおいては競争者における「実際の費用増大」を評価することが必要とされる。両者は同一の反事実的想定により説明することが可能であり、当該取引拒絶が無かった場合をベースラインとして被告における利益犠牲と競争者における費用増大が評価される。
- ⑥：⑤の反事実的想定に基づくベースラインの設定により、継続取引拒絶に対しては被告における利益犠牲と競争者における費用増大を評価することは可能であり両テストは有効に機能するが、新規取引拒絶に対しては取引義務が無い限り、被告における利益犠牲と競争者における費用増大は生起しないため両テストとも有効に機能し得ない。

《小括》

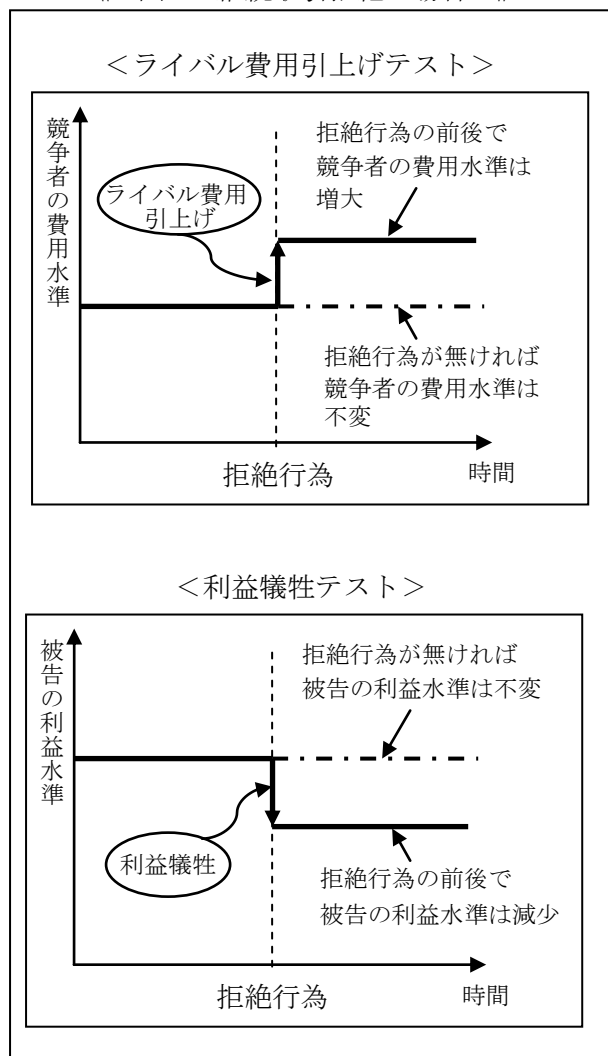
以上、本章における分析ならびに検討によれば、単独・直接の取引拒絶をシャーマン法 2 条違反と認定する上で、反事実的想定に基づき、利益犠牲テストとライバル費用引上げテストにより行為の反競争性を推認するアプローチを違法性判断の理論的枠組みとして提示し得るものと解される。

しかしながら、両テストに依拠する限りにおいて、この違法性判断の理論的枠組みは、継続取引拒絶については有効に機能すると思料される一方で、新規取引拒絶についてはこれを違法と判定する根拠を欠いていることから、単独・直接の取引拒絶規制法理としてはなお依然として不完備であると解されるとともに、現時点において、新規取引拒絶をシャ

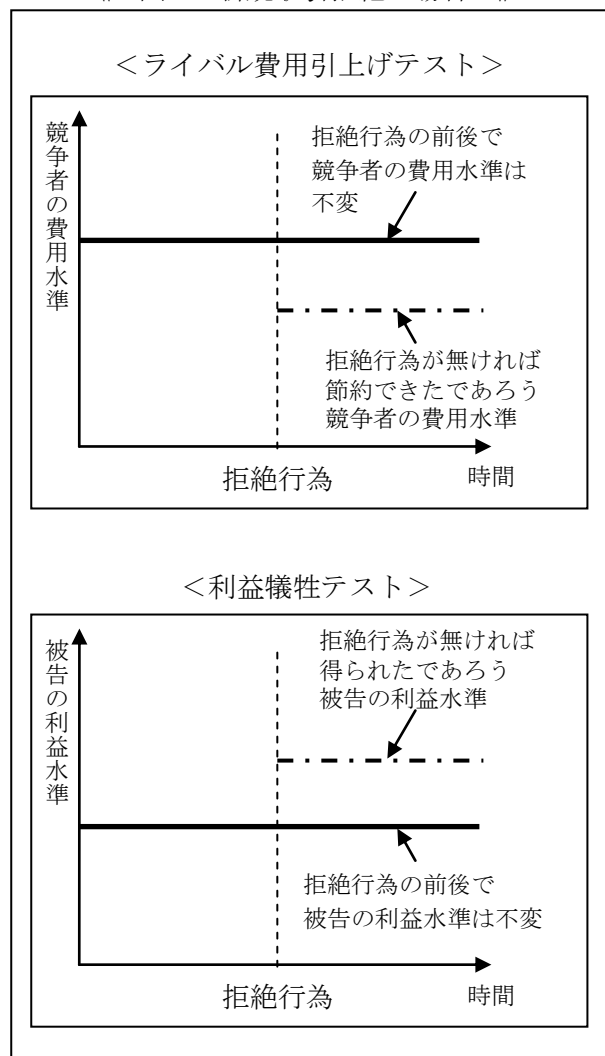
一マン法 2 条違反として構成する法理論は未だ形成されていないものと考えられる。

次章では、直近の単独・直接の取引拒絶事案である **Trinko** 事件連邦最高裁判決の分析・検討を通じて米国における判例法理の到達点を確認するとともに、本章で定立を試みた違法性判断の理論的枠組みを検証し、単独・直接の取引拒絶に対する米国の規制法理の現状と今後の方向性を展望する。

《 図 1 継続取引拒絶の場合 》



《 図 2 新規取引拒絶の場合 》



第5章 Trinko 事件連邦最高裁判決とその後の判例・政策動向

前章では、今日の米国裁判所が排除行為の違法性を判断する局面において、客観的証拠を重要視する傾向にある中で、排除行為の概念定義(例えば、消費者厚生を害する行為、或いは能率競争に反する行為)と当該排除行為の違法性識別基準を定立することの必要性(すなわち、それを如何なる形で把握するか)がシャーマン法 2 条上の論点として認識されるに至り、この論点に対するアプローチとして厚生テスト、利益犠牲テスト、およびライバル費用引上げテストといった法理論の適用可能性が探索されている状況を概観した。

本稿における分析によれば、何れのテストもそれ自体単独で排除行為に対する包括的な違法性判断基準として採用することは妥当ではないとしつつも、個別の行為類型、とりわけ、単独・直接の取引拒絶においては、ライバル費用引上げテストと利益犠牲テストに行為の反競争性を識別する基準としての採用可能性を見出した(もともと、単独・直接の取引拒絶のうち、新規取引拒絶については両テストを基礎とする限りこれを違法判定する根拠を欠くことも併せて考察した)。

本章では、単独・直接の取引拒絶に関する直近の最高裁判例である **Trinko** 事件連邦最高裁判決¹の分析・検討を通じて、米国における単独・直接の取引拒絶規制法理の到達点を確認・評価するとともに、**Trinko** 事件後の判例および政策の展開状況から今後の方向性について考察を与えたい。

第1節 Trinko 事件連邦最高裁判決に見る単独・直接の取引拒絶判例法理

1-1. Trinko 事件連邦最高裁判決(2004 年) 【Type Y】

Trinko 事件連邦最高裁判決は、単独・直接の取引拒絶とシャーマン法 2 条との関係を扱った最新の最高裁判例である。この判決は後の同種の事件に多大な影響を与えており²、現

¹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), [hereinafter, 'Trinko'].

² **Trinko** 事件同様、地域通信網へのアクセス拒絶が争われた *Covad* 事件連邦控訴裁判決(*Covad Communications Co. v. BellSouth Corp.*, 374 F.3d 1044 (11th Cir. 2004), [hereinafter, 'Covad 2004']), および *Metronet* 事件連邦控訴裁判決(*Metronet Services Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124 (9th Cir. 2004), [hereinafter, 'Metronet 2004'])は、**Trinko** 事件連邦最高裁判決の見地から再審査するよう、連邦

時点の米国において、単独・直接の取引拒絶に関する最も重要な判例として位置付けられる³。

<事案の概要>

本件の上告人(被告人、被控訴人)である Verizon 社⁴はニューヨーク州において電話サービスを提供する地域電気通信事業者(Incumbent Local Exchange Carrier : ILEC)であり、1996 年電気通信法⁵が施行される以前、Verizon 社は他の地域通信事業者と同様、自己のサービス・エリアにおいて排他的フランチャイズを展開していた。

1996 年電気通信法は既存の地域電気通信事業者の独占を排除し、当該地域に競争を導入することを目的とする事業法であるが、その中心的な規制は同法 251 条に基づく競争者との接続義務であり、既存の地域通信事業者は競争者(Competitive Local Exchange Carrier : CLEC)である新規参入者に対して、自らの地域電話網を個別のサービス単位に「アンバンドル」して提供する義務を負っていた。Verizon 社は訴外 AT&T 社を含む競争者との間で相互接続協定を締結し、ニューヨーク州公益事業委員会(New York State Public Service Commission : NYPSC)は 1997 年 6 月にこの協定を承認した。

また、Verizon 社は長距離電話サービス事業にも進出することを試みていたが、そのためには 1996 年電気通信法 271 条に基づき、地域電話網の競争者への提供義務といった 14 項

最高裁判所が連邦控訴裁判所に差し戻した判決である。また、Trinko 事件連邦最高裁判決と同様の結論を採った Cavalier 事件連邦控訴裁判決(Cavalier Telephone LLC v. Verizon Virginia, Inc., 330 F.3d 176 (4th Cir. 2003), cert. denied, 540 U.S. 1148)については、連邦最高裁判所は上訴を受理せず控訴裁判決を確定させた。

³ 単独行為に関するシャーマン法 2 条上の論点をまとめた米国司法省による報告書「競争と独占：シャーマン法 2 条における単独行為」において、競争者に対する一方的取引拒絶への規制のあり方を探索する上で、Trinko 事件連邦最高裁判決の解釈に基軸を置いた分析・検討がなされている(See, U.S. Department of Justice, 'Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act', Chapter 7, at 119-129 (2008), [hereinafter, 'U.S.D.O.J. Report § 2'], this report can be accessed electronically at: www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm)。なお、本報告書はブッシュ政権下において、単独行為に係る反トラスト法上の諸問題について調査するため、2006 年 6 月から 2007 年 5 月にかけて、司法省と連邦取引委員会が 100 名を超える有識者を集めて共同ヒアリングを実施した後、2008 年 9 月に公表されたものであるが、2009 年 1 月のオバマ政権発足により司法省反トラスト局長として就任した Christine A. Varney は同年 5 月 11 日付のプレスリリースで「本レポート『競争と独占：シャーマン法 2 条における単独行為』は、政府による反トラスト政策の執行に極めて多くの障害をもたらし、シャーマン法 2 条に係る行為に対して細心の注意を求めると共に、セーフハーバーを拡張させるものである」と指摘した上で、「2 条レポートを撤回することは執行方針の変更であり、独占企業が市場支配力を行使し、競争を抑圧し、消費者に悪影響を与えようとする事案について、反トラスト局は積極的に追及していくという姿勢を、全ての人に知らせる最も明確な方法である」と述べ、本報告書に基づく執行方針の撤回を表明した。もっとも、Varney 局長は「反トラスト局は、反トラスト法を執行する際に、既に確立した判例法及び最高裁判例に立ち返ることとなる」と述べてこれまでの判例法理を維持する姿勢を示すと共に、「私は、2 条レポートの結論には同意しないが、本ヒアリングおよび本レポートが、単独行為を含めた執行に関する問題点について有益な議論を提供したと確信している」と述べ、本報告書の意義については評価する(See, Department of Justice, 'Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law', [hereinafter, 'Press Releases, May 11 (2009)']; available at http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm)。

⁴ Verizon 社の前身は Bell Atlantic 社であり、NYNEX 社との合併(1997 年)、GTE 社との合併(2000 年)を経由して名称を Verizon Communications と改めた。

⁵ The Telecommunications Act of 1996 (47 U.S.C. § 251)。

目の要件を充たすことが求められていた。Verizon 社は NYPSC が相互接続協定を承認したことを受け、連邦通信委員会(Federal Communications Commission : FCC)に長距離電話サービス事業の申請を行い、FCC は 1999 年 12 月にこれを認可した。

他方、Verizon 社は、相互接続協定の承認、および長距離電話サービスの認可の条件として、オペレーション・サポート・システム(Operations Support System : OSS)を競争者に対して開放することを義務付けられていた。OSS とは Verizon 社の業務支援システムであり、競争者は顧客の通信情報をインターフェースを経由して OSS に電送し、Verizon 社側で当該情報を処理した後に同じインターフェースを経由して情報を送り返すものであり、OSS へのアクセスなくして競争者は顧客の要望に応えることができない状況にあった。

このような法的規制・技術的制約を伴う事業環境下において、AT&T をはじめとする競争者は、Verizon 社の OSS において多くの通信情報が適切に処理されていないことを不当視し、Verizon 社が OSS へのアクセス義務を果たしていないとして、1999 年 12 月に NYPSC と FCC に不服を申し立てた。

NYPSC は、Verizon 社に対して OSS の機能向上計画を提出すること、および競争者に対して不十分な接続サービスにより被った損害の賠償として総額で 1,000 万ドルを支払うことを命じ、NYPSC が計画の実施状況を監視することとした。また、FCC は、OSS の機能向上について Verizon 社に誓約を求めるとともに、Verizon 社が連邦政府に対して本件申し立ての調査に要した費用の負担金として任意に 300 万ドル支払うことで和解した⁶。

上記の内容で Verizon 社と競争者および当局との係争関係は決着したが、本件の被上告人である Trinko 法律事務所(原告、控訴人)は訴外 AT&T の顧客であり、Verizon 社に対してクラス・アクションの形式で訴訟を提起した。

Trinko の主張によれば、Verizon 社は競争者である他の電気通信事業者の通信を接続する場合、自己の通信の接続よりも後回しにして遅延させるなどにより差別的取扱をし、これによって AT&T 等の競争者の顧客がその競争者から離れるよう誘引したものであり、Verizon 社の行為はシャーマン法 2 条にいう独占化に該当するとして、自己及び同じ原因で損害を被ったものを代表して損害賠償を請求した。

これに対して、第 1 審である連邦地裁は原告 Trinko の請求を全て棄却し⁷、これを不服とした原告が連邦控訴裁に上訴。第 2 審である第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、損害賠償の部分について地裁判決を破棄し、地裁での再審理を命じた⁸。

この連邦控訴裁判決を不服とし、被告 Verizon 社が連邦最高裁へ裁量上訴したのが本件で

⁶ See, Trinko, D.C., *infra* note 7, at 740.

⁷ Law Office of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp., 123 F. Supp.2d 738 (S.D.N.Y. 2000), [hereinafter, 'Trinko, D.C'].]

⁸ Law Office of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp., 305 F.3d 89 (2nd Cir. 2002), [hereinafter, 'Trinko, 2nd Cir. '].]

ある。

<連邦最高裁の判断>

まず、最高裁は 1996 年電気通信法と反トラスト法の関係について検討している⁹。すなわち、1996 年電気通信法上の義務違反は当然に反トラスト法違反を構成するかである。

最高裁は、1996 年電気通信法が既存事業者に対して多くの義務を課していることを指摘し、その中心的なものとして同法 251 条(c)項が定める「『合理的で非差別的』な条件("just, reasonable, and nondiscriminatory" terms)」での接続義務¹⁰、および、既存事業者に対して自己の施設の中に競争者が通信設備を設置すること(このことを"collocation"という)を許容すべき義務として課していること等を列挙する¹¹。また、1996 年電気通信法 601 条(b)項のいわゆる留保条項(the saving clause)が「本法ないしは本法によってなされた改正のいかなる規定も、反トラスト法の適用を修正し、損ない、それに取って代わるように解釈されてはならない」¹²と明記していることから、最高裁は 1996 年電気通信法において反トラスト法に黙示の適用除外を認定することはできないとの立場を示し¹³、反トラスト法上の違法性判断は、反トラスト法独自の立場から行われるとの結論を示した¹⁴。

次に、最高裁は本件におけるシャーマン法 2 条の適用可能性を検討している。最高裁は、本件に反トラスト法が適用されるとすれば、それは独占化と独占化企図を違法とするシャーマン法 2 条であるとした上で「シャーマン法 2 条が適用されるためには、関連市場において独占力を有していることに加え、『優れた製品、ビジネスにおける明敏さ、又は歴史的事情の結果から生じた成長ないし発展とは区別される独占力の意識的な獲得または維持』が要件¹⁵として求められる」¹⁶と述べ、本件を独占化の事案として捉えた上で Grinnell 事件

⁹ 本件に先立ち、Goldwasser 事件連邦控訴裁判決(Goldwasser v. Ameritech Corp., 222 F.3d 390 (7th Cir. 2000), [hereinafter, 'Goldwasser']), Covad 事件連邦控訴裁判決(Covad Communications Co. v. BellSouth Corp., 299 F.3d 1272 (11th Cir. 2002))、および Trinko 事件連邦控訴裁判決(Trinko, 2nd Cir., supra note 8)で 1996 年電気通信法と反トラスト法との関係が争われた。Goldwasser 事件連邦控訴裁判決が 1996 年電気通信法と反トラスト法の異質性・断絶性を強調し、1996 年通信法に自足性を認めるのに対し、他の 2 判決は 1996 年電気通信法と反トラスト法の相互補完性を強調し、反トラスト法上の救済の余地を認める立場を採り、連邦控訴裁レベルで見解を異にする状況が生じたため、司法判断統一の必要性に鑑みて、Trinko 事件連邦最高裁判決において連邦最高裁の考えが示されることとなった(参照 宮井雅明「政府規制と反トラスト法—連邦法レベルでの調整」土田和博＝須網隆夫編著『政府規制と経済法—規制改革時代の独禁法と事業法』(日本評論社・2006 年)120～123 頁)。

¹⁰ 1996 年電気通信法 251 条(c)項が定める「合理的で非差別的な条件」での接続義務の解釈に関して、FCC の見解によれば、既存事業者は長期増分費用(long-run incremental cost)を反映した価格で競争者に接続を認めるものとされる(See, Verizon Communis., Inc. v. FCC, 535 U.S. 467, 495-496)。

¹¹ See, Trinko, supra note 1, at 405-406.

¹² 110 Stat 143, 47 U.S.C. § 152, note.

¹³ See, Trinko, supra note 1, at 406. なお、この点に関し、日本の独占禁止法においても、明文の適用除外規定がない限り、独占禁止法の適用は妨げられないとされる(参照、大阪バス協会事件審判審決(平成 7 年 7 月 10 日 審決集 42 巻 3 頁)、NTT 東日本事件審判審決(平成 19 年 3 月 26 日 審決集 53 巻 776 頁)、および公正取引委員会「行政指導に関する独占禁止法上の考え方」(平成 6 年))。

¹⁴ Id. at 407.

¹⁵ この要件は Grinnell 事件連邦最高裁判決で示された独占化の要件である(See, United States v.

連邦最高裁判決が定立した独占化の違法要件(以下、「Grinnell 基準」という)への該当性を要求するとともに、「単なる独占力の保有とそれに伴う独占価格の設定は、違法でないのみならず、自由経済システムの重要な要素である」¹⁷との認識を示し、「少なくとも短期間において独占価格を設定する機会があることは、第一段階においてビジネスにおける明敏さの源泉となるものであり、このことはイノベーションを創出するためにリスクを冒すことを促し、経済成長を促すものである」¹⁸と述べ、さらに「イノベーションに対するインセンティブを確保するためには、独占力の保有は、それが反競争的行為を伴っていない限り、違法とされてはならない」¹⁹との立場を示し、イノベーション創出と経済成長への配慮から、独占力の保有それ自体がシャーマン法 2 条違反となることはないことを確認した上で、更に一步踏み込んで、反競争的行為を伴わない独占力の行使(とりわけ独占価格の設定)は許容されるべきものであることを説く。

さらに、最高裁は「事業者は独自性のあるサービスを顧客に提供するためにインフラを構築し、これによって独占力を獲得することがある」²⁰との状況認識の下、「このような事業者に対して彼らの優位性の源泉であるインフラ施設を共用するよう強制することは、独占的事業者のみならず、その競争事業者においても、経済的に有益なインフラ施設を構築する投資インセンティブを損うおそれがあるため、反トラスト法の基本目的に反することとなる」²¹との見解を示すとともに、「インフラ施設を共用するよう強制することは、裁判所が経済計画局として機能し、適正な価格や数量、その他取引条件について監督するよう求めるものであるが、裁判所がこのような役割を担うのは不適切である」²²と述べ、さらに、「競争者相互間で交渉するよう強制することは、反トラスト法が最も害悪と捉える共謀を促すことになりかねない」²³との懸念を示し、以上を論拠に「原則として、『シャーマン法は、完全に私的な事業に携わる取引業者や製造業者に永らく認められてきた権利、すなわち、取引したい相手方と取引するという、自己の独立した選択権を自由に行使することを制限しない』²⁴」と述べ、裁判所の機能的限界や事業者の投資インセンティブを損うおそれ

Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-571 (1966)).

¹⁶ See, Trinko, *supra* note 1, at 407.

¹⁷ Id.

¹⁸ Id.

¹⁹ Id.

²⁰ Id.

²¹ Id. at 407-408.

²² Id. at 408.

²³ Id.

²⁴ いわゆる「Colgate 原則(Colgate Doctrine)」と称される考え方であり、シャーマン法においても同法に違反しない限りコモン・ロー上の「取引先選択の自由」、ないし「取引自由の原則」が妥当するとの立場が Colgate 事件連邦最高裁判決において最初に示された(See, *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), [hereinafter, 'Colgate']). なお、同最高裁判決は、単独企業が一方的に再販売価格を提示することはシャーマン法 1 条に違反しないとの原則をも示しており、再販売価格維持行為の観点から同最高裁判決を「Colgate 原則」と称する場合がある。但し、後の *Park Davis* 事件連邦最高裁判決(*United States v. Park, Davis & Co.*, 326 U.S. 29 (1960))において、再販売価格維持を担保するための脅しとして一方的に取引の拒絶を示唆する行為は違法であるとされ、実質的に再販売価格維持行為における Colgate 原則はその効力を失っている。

を理由として、市場への介入に消極的立場を示すとともに、シャーマン法は同法に違反しない限り事業者の取引先選択の自由を制限しないことを確認し、このことから単独事業者による直接的な取引拒絶は原則的に適法であることを示した。

もっとも、最高裁は単独事業者による直接的な取引拒絶を当該事業者の権利として認めつつも、この権利は無制限ではなく、単独事業者による直接的な取引拒絶も例外的に違法となると述べ、当該単独・直接の取引拒絶のリーディング・ケースとして Aspen 事件連邦最高裁判決²⁵について言及する。

最高裁は Aspen 事件をシャーマン法 2 条違反の限界事例(*Aspen Skiing is at or near the outer boundary of § 2 liability*)と位置付けた上で、Aspen 事件と本件との異質性を指摘する。すなわち、Aspen 事件においては「任意の(従って、恐らくは利益を見込んだ)継続取引の一方的な終了は、反競争的な目的を達成すべく短期的な利益を犠牲にすることに意欲を示したものであることを示唆する(*The unilateral termination of a voluntary (and thus presumably profitable) course of dealing suggested a willingness to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end*)」²⁶と捉え、利益犠牲の観点から Aspen 社の取引拒絶の違法性を認める²⁷。これに対して、本件においては「Verizon 社が自発的に競争者との取引を開始したのか、あるいは法令の強制によって取引を行ったのかという点は明らかにされていない」²⁸と指摘し、被告における取引拒絶の動機に関して「それが競争的な熱意によるものなのか、反競争的な悪意によるものなのか明らかではない」²⁹と論じ、Verizon 社における取引拒絶の違法性について判断を留保する³⁰。

また、最高裁は 1996 年電気通信法が強制する特徴的な状況が Aspen 事件と本件との違いをより根本的な形で示していると説く。すなわち、Aspen 事件においては「被告がその競争者に供給を拒絶したのは既に取引を行っていた製品(リフトチケット)である」³¹と指摘しつつ、本件においては対照的に「取扱いが制限されたとされるサービスは、これまで取引が行われておらず、入手できない」³²状況にあり、「法 251 条(c)項に準拠して提供される電話回線は Verizon 社の内部の奥深くにのみ存在していたところ、それらは、1996 年電気通信法によって強制的に引き出され、相当な支出と努力を伴って、消費者のみならず競争

²⁵ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985), [hereinafter, 'Aspen'].

²⁶ See, Trinko, *supra* note 1, at 409.

²⁷ 本件最高裁は Aspen 社における利益犠牲を認定する事実として、原告側が小売価格で支払うことを提案しているにもかかわらず、被告 Aspen 社がチケット販売の契約更新を拒絶したことも指摘している(*Id.*).

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ 判旨の構成から、本件は利益犠牲テストに依拠した違法性判断のアプローチが採られていると考えられる。すなわち、自発的に開始した取引の一方的な拒絶は、利益の見込まれる取引の拒絶であるとして利益犠牲の存在を認定するのに対し、自発的に取引を開始したのか定かではない場合には、当該取引拒絶に利益犠牲の存在を認定することはできないとする判断構成である。

³¹ *Id.* at 410.

³² *Id.*

者に対しても提供されたものである」³³と述べ、Aspen 事件が継続取引拒絶の事案³⁴であるのに対し、本件は新規取引拒絶の事案であり且つ取引義務が課されている事案であることを両者の本質的な違いとして強調する³⁵。

さらに、最高裁は、Aspen 事件と本件とで価格状況に際立った違いがあることを認め、これを行為の不当性を見極める根拠としている。すなわち、Aspen 事件においては「被告は将来の独占的小売価格が現状の小売価格よりも高くなるであろうことを算定して、現状の小売価格で支払われる提案を断った」³⁶として取引拒絶の後に独占的小売価格を実現する蓋然性から Aspen 社の拒絶行為には不当性が見出されるとする。これに対し、本件では「Verizon 社は不本意ながら法 251 条(c)項が定めるコスト・ベースの価格で接続を強制されたのであり、独占を想定させるような証拠は何も窺えない」³⁷として価格設定が規制される状況から Verizon 社の拒絶行為には不当性が見出せないとする。

そして、以上の検討を踏まえ、最高裁は「連邦最高裁において確立してきた取引拒絶の判例法理の下では、Verizon 社の競争者に対するサービスの提供が、たとえ不十分であったとしても反トラスト法違反となるものではない」との判断を下し Verizon 社のアクセス拒絶の違法性を否定した。

また、最高裁は本件と EF 理論の関係についても言及する。最高裁は「この結論は、下級審判例によって形成されてきた EF 理論を考慮したとしても変わるものではない」³⁸と述べ、「我々は、これまでにそのような法理を認めたことはないし³⁹、本件において当該 EF 理論を認定する必要も否定する必要もない(We have never recognized such a doctrine, and we find no need either to recognize it or to repudiate it here.)」⁴⁰との立場を示す。その理由として「本件の論点となるためには、EF 理論を認定する上での必須条件として、不可欠施設へのアクセスが不可能であることが指摘できれば十分であり、アクセスが確保されている状況において EF 理論は論点となり得ない(It suffices for present purposes to note that the indispensable requirement for invoking the doctrine is the unavailability of access

³³ Id.

³⁴ 本件では、Aspen 事件と同様の継続取引拒絶の事案として Otter Tail 事件連邦最高裁判決(Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973), [hereinafter, 'Otter Tail'])を参照している。Otter Tail 事件連邦最高裁判決の概要は、第 2 章 第 2 節 2-2. を参照。

³⁵ すなわち、最高裁の判旨よりうかがえるのは、Verizon 社は任意で競争者との取引を行っているわけではなく、1996 年電気通信法上の強制によって取引をしているに過ぎないため、本件において取引拒絶の対象となったサービスは同法上の強制がなければそもそも提供されなかったものと解する立場であろう(参照 松下満雄『「不可欠施設」(essential facilities)に関する米最高裁判決』(国際商事法務 Vol.32, No.2・2004 年), 145 頁)。

³⁶ See, Trinko, supra note 1, at 409.

³⁷ Id.

³⁸ See, Trinko, supra note 1, at 410.

³⁹ 連邦最高裁がこれまでに EF 理論を採用したことがないとの立場を示す上で、同様の判旨を述べた Aspen 事件連邦最高裁判決を引用し、最高裁の EF 理論に対する消極的姿勢を確認している(See, Aspen, supra note 25, at 611)。

⁴⁰ See, Trinko, supra note 1, at 411.

to the “essential facilities”; where access exists, the doctrine serves no purpose.)」⁴¹と説くとともに、「州や連邦当局が共用を強制する権限を有し、且つ、その範囲と期間を規制する権限を有している場合には EF 理論に基づく請求は棄却されるべきである⁴²」⁴³との考えを示し、規制当局によってアクセスが確保されている本件において EF 理論を考慮することの必要性を否定する。

さらに、原告 Trinko が 1996 年電気通信法における共用義務の存在が EF 理論の適用を肯定するものであると主張するのに対して、最高裁は「1996 年電気通信法においてアクセスに関する広範な規定があるからこそ、アクセスを強制する司法的な法理を課することが不必要なものとなっている」⁴⁴として原告の主張と逆の解釈を与えるとともに、「原告による EF 理論の主張が、一般的なシャーマン法 2 条の主張とは異なるものであるならば、当裁判所はそのような主張を斥ける (To the extent respondent’s “essential facilities” argument is distinct from its general § 2 argument, we reject it.)」⁴⁵と述べて原告の EF 理論に基づく請求を棄却した。

以上のような論旨を展開した上で、本件の判例法上の位置付けに関して最高裁は「競争者に協力する義務は無いという原則に対する数少ない例外に本件も加えることは、伝統的な反トラスト諸原則に反する」⁴⁶と述べ、判例法理の観点から単独・直接の取引拒絶は伝統的・原則的に合法であり、本件を例外的に違法と判断することを否定する。

また、最高裁は反トラスト法と裁判所の役割に関して「反競争的な損害を抑止し救済する規制体系が存在するか否かはとりわけ重要な要素である」⁴⁷とし、「そのような規制が既に存在する場合には、反トラスト法の執行によって提供される競争上の追加的な利益は僅かなものである」⁴⁸と述べ⁴⁹、事業法規制下における反トラスト法の役割について限定的・消極的に評価するに止めるとともに⁵⁰、「反トラスト法の介入による僅かな利益に対して、それに要する現実的なコストを考慮しなければならない」⁵¹と説き、「適正な競争手段が多種多様であるのと同様、違法な排除手段も多種多様である中で、シャーマン法 2 条の適用

⁴¹ Id.

⁴² この判旨は EF 理論に否定的ないし消極的な Areeda & Hovenkamp の引用による (See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law”, ¶ 773e. at 150 (2003 Supp)).

⁴³ See, Trinko, supra note 1, at 411.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Id. at 412.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ もっとも、これとは対照的に反トラスト機能を確保する規制体系が存在しない場合には、反トラスト法を執行することの価値が認められるとも付言する (Id.)

⁵⁰ 判旨は、本件において規制当局である FCC と NYPSC が、OSS 役務の提供義務を怠っているというクレームに対して素早く対処している点を指摘し、事業法上の規制体系が非常にうまく機能していることを評価する (Id. at 413).

⁵¹ Id., at 414.

要件を厳密に求めることは困難になりつつある」⁵²との認識を示し、「誤った推認とそこから生じる誤った非難は、反トラスト法がまさに擁護しようとする行為を萎縮させるため、特にコストを要する」⁵³として 積極過誤(false positive)に対する懸念を表明するとともに、シャーマン法 2 条上の責任を拡大することについて慎重であるべきとの姿勢を示す。

そして、本件については、既存の電気通信事業者が十分なサービスを提供し損なったことは競争者排除とは無関係かもしれないこと、および、1996 年電気通信法が高度に技術的であること等を理由に積極過誤リスクの懸念があることを指摘し、同法 251 条の義務違反について反トラスト法の観点から裁判所が評価するのは困難であるとの立場を示すとともに、「たとえ積極過誤に対する懸念が無かったとしても、同法 251 条違反を構成する行為は、裁判所が統制する現実的な能力の範疇を超えている」⁵⁴との見解を示し、「共用義務規制違反への救済を効果的に実行するには、高度に詳細な命令内容を継続して監督することが必要となる」⁵⁵との認識の下、「裁判所は、説明不可能で、適切且つ合理的に監督することができない取引義務を課すべきではない(No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise.)」⁵⁶と述べるとともに、「規制当局の日常的な統制機能を引き受けるような形で、裁判所がアクセス義務を課す問題は、反トラスト法によって救済されるべきではない(The problem should be deemed irreparable by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency.)」⁵⁷との考えを示した。

<分析および検討>

本件で最高裁が判断を示した内容は多岐に渡るが、論点としては、①：事業法規制下における反トラスト裁判所の役割、②：シャーマン法 2 条の解釈と単独・直接の取引拒絶の基本的位置付け、③：Aspen 事件連邦最高裁判決の再評価と本件の違法性判断、および④：EF 理論の意義と位置付け、の 4 点についての説示事項が本稿との関係において重要であると思われ、以下にそれぞれ分析・検討を加える。

①：事業法規制下における反トラスト裁判所の役割

本件に先立つ控訴審レベルの判決においては、1996 年電気通信法上の義務違反に対して反トラスト法を適用することに消極的立場を示すもの⁵⁸と積極的立場を示すもの⁵⁹との双方

⁵² Id. (quoting *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001))

⁵³ Id.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Id. at 415.

⁵⁶ Id. (quoting Phillip E. Areeda, 'Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles', 58 *Antitrust L. J.* 841, 855 (1990), [hereinafter, 'Areeda, E.F. Epithet'])

⁵⁷ Id. (quoting Areeda, E.F. Epithet, *supra*, at 853)

⁵⁸ たとえば、Goldwasser 事件連邦控訴裁判決(See, Goldwasser, *supra* note 9)は、地域電話を利用している消費者が、1996 年電気通信法に規定する競争者への非差別的な取引等諸義務を遵守しない既存事業者

が見受けられたが、本件において最高裁が 1996 年電気通信法上の義務違反に対して、反トラスト法の適用を肯定する立場を示したことで一応の決着を見たと言える。もっとも、本件では留保条項が明記されていることから適用除外を認めず、反トラスト法の適用を肯定するものであるが、反トラスト法の適用に際しては、反競争的害悪を抑制し是正する事業法の規制枠組みの存在が考慮されることを指摘し、事業法による規制枠組みが十分に機能している場合には反トラスト法を適用することに慎重であるべきと説き、本件においても 1996 年電気通信法が広範で詳細な規定を設けていることを理由として反トラスト法を適用することの意義と必要性について消極的な立場を採る⁶⁰。すなわち、最高裁は事業法と反トラスト法は相互に独立した関係にあるとしつつも、問題となっている行為に対して事業法と反トラスト法が類似の規制枠組みを用意している場合には両法の規制基準の比較検討が必要であり、事業法がより適切で効果的な規制体系を有している場合には実質的に事業法が適用されるとの立場を採ったものと思料される⁶¹。

そして、このように事業法規制の役割を重要視する根拠として、裁判所による管理監督機能の限界と、積極過誤(false positive)の懸念が指摘される。とりわけ本件のように高度に技術的な特性を有する事案においては裁判所による判断に積極過誤が生じるリスクが大きく、これに伴う萎縮効果を考慮するならば、専門性を有する規制当局に判断を委ねるのは合理的な権限配分であると解され⁶²、また、取引への介入により裁判所が日常的な管理監督

により損害を受けたとして、既存事業者をシャーマン法 2 条に基づきクラス・アクションにより提訴した事案である。裁判所は、1996 年電気通信法が競争的な市場を実現するために緻密な規制体系を構築していることを根拠として既存事業者に対して 1996 年電気通信法規制に加えて反トラスト法規制を行う余地はないと判示した。また、裁判所は、原告によるシャーマン法に基づく訴えが 1996 年電気通信法と強い関連性を有していると認める一方で、1996 年電気通信法と完全且つ別個に捉えられるシャーマン法上の申し立てが無いこと、および、シャーマン法を適用することで 1996 年電気通信法の接続規制等様々な規制体系に悪影響を及ぼすおそれがあることを指摘し、1996 年電気通信法がシャーマン法よりも詳細且つ広範な義務を課している以上、接続義務に反する行為と二つの法律の関係について、1996 年電気通信法違反行為が自動的にシャーマン法 2 条に違反する排他的行為には該当しないと判示した。

⁵⁹ たとえば、本件の原審である *Trinko* 事件連邦控訴裁判決(See, *Trinko* 2nd Cir, supra note 8)は、反トラスト法上の請求が他の制定法規に基づく請求に依拠してはならないとの要件は無く、1996 年電気通信法の競争促進目的に照らせば同法と反トラスト法との間には黙示の適用除外をもたらすほどの明白な矛盾はなく、反トラスト法は適用されると判示するとともに、1996 年電気通信法によって競争者は救済されるが、消費者は救済されないことを指摘し、反トラスト法が消費者を救済する上で唯一の手掛かりとなることから、両者は相互に補完的であると判示し、*Goldwasser* 事件連邦控訴裁判決が示した反トラスト法に対する 1996 年電気通信法の優先適用を否定した。

⁶⁰ この点に関し、事業法である連邦動力法に加えて反トラスト法も適用した *Otter Tail* 事件連邦最高裁判決の判例を変更したとする見解(Herbert Hovenkamp, et al., 'Hitting the Section 2 "Refresh" Button for In-House Counsel Following *Trinko*', the antitrust source, at 1-17, Jul. 2004)も見受けられるが、連邦動力法は 1996 年電気通信法とは異なり、あくまでも任意の相互接続を促進することを目的としており、アクセスが義務付けられたといえる状態にあったか定かではないとし、本判決の射程が *Otter Tail* 事件連邦最高裁判決にまで及ぶことを疑問視する見方がある(丸山真弘「米国反トラスト法における不可欠施設の法理の論点整理—トリンコ事件判決を中心に—」(電力中央研究所・2005 年)16~17 頁)。

⁶¹ 同様の理解に基づき「例えば、EF 理論が、事業法のアンバンドル義務と同様に施設の共有という類似の考えに立っていることは、事業法の遵守によって EF 理論の適用は否定される可能性が高いことになろう」との見解が示されている(西村暢史「米国情報通信産業における事業法の接続規制と競争法」日本経済法学会編『独占禁止法改正』日本経済法学会年報 第 26 号(有斐閣・2005 年)125~126 頁)。

⁶² 本件で連邦最高裁により示されたこの権限配分の在り方に関しては、将来に向かっての是正手段としての差止めのみならず、過去の問題の是正手段である損害賠償についても、裁判所による判断を控えるべ

機能を担うことの不適切性に鑑みれば⁶³、規制当局が継続的な管理監督機能を担うべきとする考え方は是正措置の実効性を確保する上で合理的な機能分担であると思われる⁶⁴。

もっとも、このように事業法規制の存在と役割を重要視する場合には、事業法上の競争政策と反トラスト法上の競争政策の異質性について考慮することが必要であろう⁶⁵。1996年電気通信法は既存事業者に対して競争者へのアンバンドルかつ非差別的な条件での接続義務を課し、その意味において競争者保護の性格を必然的に帯びる。これに対して、反トラスト法は「競争者ではなく競争を保護すべく制定された」⁶⁶と繰り返し説示されてきたように、反トラスト法の保護法益は競争それ自体である。従って、事業法、および反トラスト法によって実現される競争環境はそれぞれに異なり、何れか一方の規制法規を重要視する場合、或いは何れか一方の規制法規に傾斜した判断をする場合には、消費者・事業者・市場にもたらされる利益はそれぞれに異なるであろうことが推認されるため、事業法と反トラスト法の双方に関する事案においては両法の目的に照らして、且つ、両法の固有の理論に基づいて相互補完的に適用されることが望ましいと思われる⁶⁷。

この点に関して、本件において最高裁は反トラスト法の適用除外を認めず反トラスト法の観点から違法性判断を行うとし、また、実際に反トラスト法の観点から違法性判断を行ってはいるものの、裁判所の現実的な機能・能力の限界等を理由として事業法規制に配慮しないし譲歩すべきとする姿勢が顕著に窺えることから、最高裁は事業法と反トラスト法を相互補完的に適用することについて消極的な立場にあると推察される。

②：シャーマン法 2 条の解釈と単独・直接の取引拒絶の基本的位置付け

き旨を示すものなのかは必ずしも明確ではなく、規制当局と裁判所との役割分担を考える上で今後の問題のひとつになるとの指摘がある(丸山 前掲注 60, 17 頁)。

⁶³ 米国の裁判所は契約内容への介入に消極的であり、当事者間の取引条件に立ち入らなければ規制できない場合には規制自体を避ける傾向にあるとの指摘がある(滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策〔第 4 版〕』(青林書院・2010 年)251 頁)。従って、裁判所の監督・統制機能の限界は事案の違法性判断に影響を及ぼすものと推察される。

⁶⁴ もっとも、市場構造等変化の激しい産業に対応する現在の事業法規制を過渡的なものと捉え、実際の事業法が競争法と類似の市場支配力を問題とする規制手法を用いて接続義務を運用していることから、今後は事後的な競争法規制に移行すべきとする主張も見られる(土佐和生「電気通信」井出秀樹編著『規制と競争のネットワーク産業』(勁草書房・2004 年)51 頁、70 頁以下)。

⁶⁵ この点に関し、平林教授は、日本の電気通信事業法が「公正な競争を促進することにより」、「利用者の利益を保護し」、「国民の利便の確保を図」る一方、電気通信事業の「運営を適正かつ合理的なものとし」、「電気通信事業の健全な発達」を図ることにより消費者保護や市場成果を直接的に志向するのに対し、独占禁止法は「公正かつ自由な競争」の促進を通じて消費者保護を間接的に志向するものであり、電気通信事業法と独占禁止法とは競争の内容や競争促進の方法が異なると指摘する(平林英勝「NTT 東日本による FTTH サービスの私的独占事件審決の検討—固有の独禁法を適用するか事業法を考慮するか—」判例タイムズ 1246 号(2007 年)84 頁)。

⁶⁶ See, *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 767 n.14 (1984), (quoting *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977), (quoting *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962), [hereinafter, 'Brown Shoe'])).

⁶⁷ たとえば、平林教授は電気通信事業法と独禁法が交錯する領域で生じた NTT 東日本事件において審決が両法を相互補完的なものと捉えたことは妥当な判断と評価する(平林・前掲注 65, 83 頁)。もっとも、同教授は、審決が事業法を援用して独禁法違反を認定するアプローチを採ったことについては「理解に苦しむ」と批判しており、独禁法上の違法性判断は独禁法固有の論理に依るべきと指摘する(同, 82 頁)。

本件において最高裁はシャーマン法 2 条の適用に際しては、イノベーション創出と経済発展を促す観点から、事業者のインセンティブ確保に最大限の配慮を必要とする立場を採る。すなわち、独占化の違法要件として Grinnell 基準を基礎としつつ、単なる独占力の保有と当該独占力の行使(とりわけ独占価格の設定)は、違法でないのみならず、イノベーション創出と経済発展を促す上で重要なインセンティブとして機能するため、反競争的行為を伴わない限り違法とされてはならないと説く⁶⁸。

予てより、独占化の違法要件としては Grinnell 基準が妥当するとされてきたところ⁶⁹、かつては専ら「独占力の意識的な獲得または維持」に含意される意識性(willfulness)の解釈⁷⁰が主要な論点であった⁷¹。他方、意識性に依拠する Grinnell 基準は、これを違法性判断基準として採用する上で、曖昧さが難点として指摘されるとともに、実際の事案に適用するには限界があるとの認識も示され⁷²、近時の裁判実務としては客観的証拠により行為の反競争性を認定するアプローチが採られる傾向にあった⁷³。

本判決はこのような近時の傾向と相俟って、独占力の行使として表徴される行為であってもそれが反競争的な性格を伴わない限り違法とならないことを改めて示したものであると解され、また、この文脈の中で自由経済システムを有効に機能させる必要から独占力の

⁶⁸ Candeub によれば、本件のような規制産業においては、新技術への切り替えを促す規制当局のインセンティブにも配慮が必要であるとする。たとえば、FCC が地域電話回線へのアクセス義務を安易に課せるような場合、FCC において無線システムやケーブルシステムといった代替技術への政策的誘導に向けたインセンティブが損なわれるとする(See, Adam Candeub, 'Trinko and Re-Grounding the Refusal to Deal Doctrine', 66 U. Pitt. L. Rev. 821, 835 (2005)), [hereinafter, 'Candeub']。

⁶⁹ 例えば、司法省が 2008 年 9 月に公表した「シャーマン法 2 条レポート」においても、独占化の違法要件として Grinnell 基準が参照されている(See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 5)。

⁷⁰ なお、かつての裁判所や競争当局は、意識性(willfulness)と意図(intent)とを同義に解しており、シャーマン法 2 条事案に対し反競争的な意図の存在から違法性を推定するアプローチ(いわゆる意図基準(intent test))を採ってきた(See, e.g., Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982(D.C Cir. 1977))。

⁷¹ 一般に、「独占力を維持・強化するために当該独占力を行使することは意識性の要件を満たす」(See, ABA, "Antitrust Law Developments 5th ed.", 246 (2002))とされたが、優れた製品ないしはビジネスの優秀さを正当化事由として主張することにより違法判定を回避することも可能であった。たとえば、Berkey Photo 事件連邦控訴裁判決では被告 Kodak 社が競争者である原告 Berkey Photo 社に対して、新製品の規格情報を事前に開示することを拒絶したことに関して「もし研究開発のリスクと出費を覚悟した企業が努力の成果を競争者に分け与えることを求められるならば、企業の研究開発意欲は大きく損なわれる」として Kodak 社に対する新製品規格の情報開示義務を否定し(Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263, 281 (2nd Cir. 1979))、IBM 事件連邦控訴裁判決では被告 IBM 社の低価格戦略に対して「IBM 社の技術革新が、優れた製品とこれによる成長をもたらしたのであり、IBM 社の市場支配的地位はビジネスの優秀さを通じて築かれたものである」と認定し、IBM 社の価格戦略は市場における低価格競争に対抗する正当な行動であり略奪的な価格政策ではないとの判断を行った(California Computer Products, Inc. v. International Business Machines Corp., 613 F.2d 727, 742 (9th Cir. 1979))。

⁷² Areeda らの体系書では、Grinnell 基準における「意識的(willful)」や「歴史的偶然性(historical accident)」といった語句の意味・解釈が不確定であるが故に役に立たないばかりか誤解を招くと批判する(See, Phillip E. Areeda, et al., "Antitrust Law III 3rd ed.", ¶ 618. at 66 (2008))。

⁷³ Aspen 事件連邦最高裁判決(1985 年)では、「独占者の行為は常に意識的に行われる」との認識のもと、独占化の事案における違法性の判断要素は「行為の反競争性」であるとの立場(行為の反競争性が証明されれば反競争的な意図の存在も推認されるとの立場)が示され、「行為の反競争性」を立証するうえで「短期的利益犠牲」等の客観的証拠が提示された(See, Aspen, supra note 25, at 602)。

行使は原則として適法であることを改めて確認したものであると思料される⁷⁴。

他方、今日の裁判所や競争当局においては、反競争的な行為の特徴を類型化し、個別の行為類型毎に違法性を審査する手法が一般に採られているが、略奪価格や抱き合わせが反競争的行為として類型化されているのと同様、単独・直接の取引拒絶もその一類型として分類される⁷⁵⁷⁶。本件は単独・直接の取引拒絶という行為類型が原則的に適法という立場を表明したものであり、後の判例法形成に大きな影響を及ぼすものと思料されるが、原則適法の根拠として取引先選択の自由に言及した Colgate 原則が今なお妥当する基本理念であることが提示され、さらに Colgate 原則が今なお妥当する理由として、裁判所が取引義務を課すことにより事業者のイノベーション創出に向けた投資インセンティブが損なわれ、取引条件に介入することにより事業者間の共謀を促しかねないという懸念が示され、これとの比較から「取引をする自由」ないし「取引を拒絶する自由」を前提とした市場の自律的機能以上の効果を裁判所に求めることは現実的ではないことが述べられている。

この説示事項は、市場原理に信頼を置く米国反トラスト法の基本的スタンスを端的に示しているとともに、EU の競争法⁷⁷や日本の独占禁止法⁷⁸を反トラスト法と比較法的に考察する上で政策理念の相違を示すものとして留意する必要がある⁷⁹。

⁷⁴ 独占化の代表的事案である 1945 年の Alcoa 事件連邦控訴裁判決では「意識せず独占化をする独占者はいない」として独占者の行為には不可避免的に意図が随伴するとの厳格な見方を示す一方で、「競争に駆り立てられ、その後成功した競争者は、彼が勝利者となったときにその成功を否定されてはならない」と説示し、適法に獲得された独占は擁護すべきとの立場をも示した(See, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430(1945))。

⁷⁵ Chandeub によれば、単独の取引拒絶は戦略的行動(strategic behavior)であり、戦略的行動は必ずしも反トラスト法違反となるものではないが、少なくとも第一段階において反トラスト法違反として疑うことは合理的であるとする(See, Chandeub, *supra* note 68, at 842)。

⁷⁶ たとえば、米国司法省のシャーマン法 2 条レポートでは、反競争的とされる行為が 5 つの行為類型(略奪価格、抱合せ、バンドル値引き、取引拒絶、排他的取引)に分類され(See, U.S.D.O.J. Report § 2, *supra* note 3)、米国法曹協会の反トラスト体系書では、取引拒絶は「競争者へのアクセス拒絶(Denials of Rivals' Requests for Access)」という行為類型として分類され、さらに、アクセス拒絶、EF 理論、ライセンス拒絶として細分類される(See, ABA, "Antitrust Law Developments 6th ed.", 258-266 (2007))。

⁷⁷ EU において、欧州委員会は、競争促進の必要と取引先選択の自由のバランス判断において、競争促進の必要性を米国裁判所よりも際立って重視し、さらに欧州委員会は米国裁判所とは異なり、アクセス料金など具体的契約内容に立ち入った規制をすることをためらわない。この背景事情としては EU 競争法の直接の目的が EU 市場の統合でありつつも、依然として市場統合が未完成であることから、欧州委員会による企業行動への介入を広く認める政策を採っていること、および行政庁である欧州委員会が競争法適用と産業規制とともに管轄しているため、産業規制と規制改革を競争法基準により実施していることが挙げられる(参照 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策〔第 3 版〕』(青林書院・2006 年)15, 264, 265 頁)。

⁷⁸ 1991 年公表の流通・取引ガイドラインは単独・直接の取引拒絶が不公正な取引方法に該当する状況として「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として(中略)、取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となるおそれがある場合には(中略)、違法となる」と説示し、ここでの「有力な事業者」とは「シェア 10%以上又はその順位が上位 3 位以内」が目安とされているため、米国および EU における市場支配的地位に至らない事業者に対しても広く規制を及ぼすことができると解される(参照 公正取引委員会「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成 3 年))。

⁷⁹ 滝川教授によれば「独禁法による規制の中で、支配的企業の戦略的行為への規制基準は、企業の自由にとどの程度介入するかについての政策的立場から決定しなければならない」とし、「この立場は、独禁法を施行する各国が、自国の企業競争に関する経済環境の検討から形成する必要がある」と述べ、「独禁法規制の国際調和を進めるにあたって、国毎の経済環境と規制制度の差を考慮することが重要である」と指

③：Aspen 事件連邦最高裁判決の再評価と本件の違法性判断

本件で最高裁は単独・直接の取引拒絶は原則的に適法であるとしつつ、例外的に違法となる場合があるとし、その例外且つ限界事例として Aspen 事件連邦最高裁判決を掲げる。最高裁は Aspen 事件と本件との比較を通じて本件は適法との判断を示すに至っているが⁸⁰、比較分析の視角としては短期的利益犠牲の観点から検討がなされている。

Aspen 事件連邦最高裁判決において最高裁は、①競争者への影響、②消費者への影響、および③競争手段がもたらす競争への影響の観点から行為の反競争性を評価すべきと説き⁸¹、①、②、ならびに③に関する証拠として示された何れの事実も行為の反競争性を基礎付けるものと認め、とりわけ、③については短期的な利益犠牲の証拠から行為が反競争的であるとの評価を与えている⁸²。

本件では上記 Aspen 事件連邦最高裁判決において明示的に採用された短期的利益犠牲テストについてこれを肯定的・積極的に言及していることから、最高裁は違法性の判断基準ないし識別基準として短期的利益犠牲テストを支持しているとの姿勢がうかがえる⁸³。

そして、事案に対する結論としては Aspen 事件には短期的利益犠牲の存在を認め、本件には認められない(明らかでない)との判断を示し、Aspen 事件連邦最高裁判決では短期的利益犠牲の存在を一つの証拠として行為の反競争性を認定したのに対し、本件では短期的利益犠牲の存在が明らかでないことから行為の反競争性も明らかでないとする⁸⁴。

なお、本判決では言及されていないが、本稿第 4 章で検討したライバル費用引上げの観点から、Aspen 事件と本件を比較してみたい。

Aspen 事件では被告が共通チケットの販売を拒絶することにより、原告は対抗策として広告や販売促進のための支出を余儀なくされたとして当該取引拒絶はライバル費用引上げ

摘する(滝川・前掲注 77, 277 頁)。

⁸⁰ 本稿 第 4 章 第 1 節で Aspen 事件連邦最高裁判決について分析・検討を行っているが、同判決は単独・直接の取引拒絶の適法性/違法性が峻別されるべき境界領域において審査された事案であり、それ故に、同判決で示された違法性判断の枠組みは本質的で実質的な機能を有していると思われる。

⁸¹ See, Aspen, supra note 25, at 605.

⁸² Id. at 608-611.

⁸³ Aspen 事件連邦最高裁判決から本件 Trinko 事件連邦最高裁判決に至る過程で最高裁は Brooke Group 事件連邦最高裁判決(Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (B&W), 509 U.S. 209 (1993))において略奪価格を短期的利益犠牲テストを適用して違法性を判断しており、短期的利益犠牲テストは Brooke Group 事件連邦最高裁判決において略奪価格の観点から判例法理として確立したとする見方がある(Frank X. Schoen, 'Exclusionary Conduct After Trinko', 80 N.Y.U.L. Rev. 1625, 1630 (2005), [hereinafter, 'Schoen']).

⁸⁴ なお、短期的利益犠牲の証拠によって行為の反競争性を認定するアプローチに対しては、「利益犠牲の証拠は反競争的目的・意図を推認する要素に過ぎず、シャーマン法 2 条違反を決定付ける要素ではない」とする学説からの批判がある(岡田直己「一方的取引拒絶規制における『短期的利益の犠牲』についてー トリンコ事件連邦最高裁判決の検討を中心にー」法学政治学論究 第 71 号(2006 年)176 頁)。

に該当するとされる⁸⁵。従って、原告の側における費用引上げを証拠として被告の行為を反競争的と評価する見方があり得よう。

これに対し、本件では、被告は 1996 年電気通信法が規定するコスト・ベースでの接続義務は果たしており、接続サービスの不十分さが取引拒絶と同等の効果をもたらしたとされるものの、被告が競争者を排除するために不十分なサービス提供を行ったのかは明らかではなく⁸⁶、またこの点については事業法適用の下で競争者に対して 1,000 万ドルの賠償金を支払う形で解決が図られている⁸⁷。従って競争者の側における費用引上げが明らかではない中で、被告の行為を反競争的と評価することはできないと解される。

④：EF 理論の意義と位置付け

本件で最高裁は EF 理論に関して「これまでそのような法理を認めたことはないし、本件において当該 EF 理論を認定する必要も否定する必要もない」⁸⁸との立場を示す。この説示を捉えて、学説からは「エッセンシャル・ファシリティ法理を採用することによる独禁法違反の安易な推認を極度に嫌い、慎重、厳格、かつ限定的な適用に固執した合衆国最高裁の断固とした態度が読み取れ(中略)、エッセンシャル・ファシリティ法理の採用は、合衆国の司法府の最高機関によって、このたび明らかに否定されたと解しても読みすぎではない」⁸⁹との見解や、「かくして、不可欠施設の法理については、この判決においてその命脈が絶たれたものとする」⁹⁰との見方が示され、本件において EF 理論が連邦最高裁によって完全に否定されたと解する立場がある。

これに対し「Trinko 事件連邦最高裁判決は EF 理論の適用範囲を相当程度限定したが、EF 理論を断定的に否定したものではない」⁹¹との理解や、「本判決は不可欠施設の法理を認

⁸⁵ See, Herbert Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 3rd ed.”, 324(2005).

⁸⁶ この点に関し、本判決は「(被告が)十分なサービスを提供し損ったことは競争者排除とは無関係かもしれない」として不十分なサービス提供の観点から排除行為該当性の判断をすることを留保する(See, Trinko, supra note 1, at 414).

⁸⁷ See, Trinko, D.C, supra note 7, at 740.

⁸⁸ See, Trinko, supra note 1, at 411.

⁸⁹ このように解する理由として、連邦最高裁は本判決において「(EF 理論の)安易な拡大・適用が投資インセンティブを殺ぐ結果につながり、独禁法が本来推進したいはずの自由経済(取引自由の原則)の発展をかねて妨げるばかりか、そもそも政策執行は事業法による規制こそがその任にあたることの方がより良いと明確に判示している」ことを指摘する(ジョン・ドゥ「エッセンシャル・ファシリティの死：最新アメリカ合衆国最高裁判決『ベライゾン対トリンコ』事件の紹介〔下〕」国際商事法務 Vol.32 No.3 (2004 年)316 頁)。

⁹⁰ 福田雅樹『情報通信と独占禁止法—電気通信設備の接続をめぐる解釈論』(信山社・2008 年)575 頁。なお、福田氏によれば、本判決は、EF 理論に基づき取引義務を課すことで競争が活発になると見込まれるとしても、単に競争が活発になるという理由だけで裁判所に取引義務を課す権限を認めることはできないとの立場を明らかにしたものであり、かくして EF 理論の独自の存在意義が否定され、「その命脈が絶たれた」と指摘する。

⁹¹ See, Areeda, et al., “Antitrust Law III B 3rd ed.”, ¶ 773a. at 237 (2008). なお、Areeda らは EF 理論を「有害かつ不要で廃棄されるべき」と否定的に論じるが、その主旨は「EF 理論」という法理の名の下に規制を固定概念化し、裁判所を拘束することに対して懸念を表明するものではあるが、不可欠施設を

めないわけではないとするが、消極的であることは否定できない」⁹²といった見解、或いは「不可欠施設の法理は認められる場合もあるが、これが認められる場合は例外的で、厳格な要件のもとにのみ認められる」⁹³との見方が示され、本件において連邦最高裁は EF 理論の適用に極めて消極的であるとしつつもこれを完全には否定していないと解する立場がある。

本件で連邦最高裁は、不可欠施設へのアクセスが確保されている限り EF 理論は採用されないとの立場を示しており、事業法規制によってアクセスが確保されている本件において EF 理論を適用することの必要性を否定する。また、事業法規制下に無い任意の取引において不可欠施設へのアクセスが拒絶された場合、当該アクセス拒絶が継続取引の拒絶である場合には本件および *Aspen* 事件連邦最高裁判決の判例法理により、EF 理論を検討するまでもなく利益犠牲テストに基づく短期的利益犠牲の証拠を一つの根拠として違法認定が可能である。

よって、判決に記載の文言およびその主旨に鑑みれば、最高裁は本件において EF 理論を適用することの必要性を否定するものではあるが、その存在自体を否定することまで言及したものではないと解される⁹⁴。

他方、事業法規制下に無い任意の取引において不可欠施設へのアクセスが拒絶された場合、当該アクセス拒絶が新規取引の拒絶である場合にこれを違法とし得るのか必ずしも明らかではない。

本件判決では、取引先選択の自由を通じて自律的な競争秩序を構築すべきとする文脈で *Colgate* 原則⁹⁵を参照しているが、本件の説示において、新規取引拒絶における *Colgate* 原則の射程(新規取引拒絶は事業者の権利として絶対的に保障されるものなのか、或いは、事案の状況に応じて制限される場合があるのか)は必ずしも定かではなく、また、既存の判例法理に依拠する限り、新規取引拒絶を違法とする法的根拠は導き出せない。換言すれば、新規取引拒絶を違法と構成し得る法理論は本稿における分析の及ぶ限り現時点では EF 理論以外に無く、EF 理論を完全に否定ないし放棄することは新規取引拒絶を事業者の権利として絶対的なものとして保障することを含意とする。

専有する独占的事業者に対して取引義務を課すことの可能性と必要性を全て否定するものではないと思料される(*Areeda* らの EF 理論に対する見解は本稿 第 3 章 第 3 節 3-2 を参照)。

⁹² 消極的である理由として、独占的垂直的統合企業が不可欠施設に投資するインセンティブを損なう懸念があること、および、裁判所が当該施設へのアクセス条件を定めるのは困難であること等を指摘する(平林・前掲注 65, 80 頁)。なお、平林教授は *Trinko* 事件連邦最高裁判決の後も、いくつかの下級審で EF 理論が採用されていることを指摘する(*Trinko* 事件連邦最高裁以降に EF 理論が考慮された事案としては、*MetroNet Servs. Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124, 1129-1130 (9th Cir. 2004)や、*Nobody in Particular Presents, Inc. v. Clear Channel Communs.*, 311 F. Supp. 2d 1048, 1113 (D. Colo. 2004)等がある)。

⁹³ 松下・前掲注 35, 149 頁。なお、松下教授は、本件最高裁の判決は不可欠施設の法理に決して好意的ではないとしつつ、米国反トラスト法においては下級審で形成されてきた判例法理を最高裁が追認するであろうとも付言する。

⁹⁴ 稗貫教授は本件における EF 理論の位置付けに関して「全面否定と読むのは誤読か意図的な曲解」と評する(稗貫俊文「知的財産権に関する競争政策の新しい動向について」公正取引 649 号(2004 年)3 頁)。

⁹⁵ 参照 前掲注 24。

このことから、新規取引拒絶を **Colgate** 原則に基づく事業者の権利として保障すべきとする原則的見方は否定されるべきものではないが、これを絶対視することの是非については議論の余地があると思われ、また、極めて例外的かもしれないが新規の取引を強制せざるを得ない状況が生起する可能性も全く否定されるべきではなく、そうであるならば、新規取引拒絶の違法性(ないし、新規取引強制の必要性)を根拠付ける **EF** 理論を敢えて完全に否定する必要はないと思われる。

Trinko 事件において最高裁は、**EF** 理論を適用することの必要性は否定したが、**EF** 理論それ自体を否定したものではなく、**EF** 理論の意義とその適用可能性があるとすれば、単独・直接の取引拒絶規制法理の欠缺を埋めるべく、新規取引拒絶(とりわけ、事業法や規制当局による取引義務の存在しない任意の新規取引拒絶)に対して違法性を根拠付ける局面であると解される。

《小括》

Trinko 事件連邦最高裁判決では、単独・直接の取引拒絶は **Colgate** 原則に基づき原則的に適法であるとされ、当該単独・直接の取引拒絶が例外的に違法となるのは限界事例である **Aspen** 事件連邦最高裁判決に該当する場合であるとし、本件事案と **Aspen** 事件連邦最高裁判決を比較することによって、本件被告 **Verizon** 社の競争者に対するアクセス拒絶を適法と判断したものである。

本判決に対しては「実体法規範がほとんど示されていない」との批判⁹⁶や、「反トラストの中心的論点である厚生について、これを高めたのか減じたのか検討がなされていない」といった不備を指摘する見解⁹⁷もあるが、私見によれば、本件で参照された **Colgate** 事件連邦最高裁判決の判示事項(すなわち、取引先選択の自由の下で単独・直接の取引拒絶は原則的に適法であるとする立場)、および **Aspen** 事件連邦最高裁判決の判示事項(すなわち、単独・直接の取引拒絶の違法性を根拠付ける基準として短期的利益犠牲テストを支持する立場)を示したことが本件に見出される実体法規範であり、連邦最高裁が過去の判例と本件を整合的に解釈し、過去の判例に見出される規範ないし基準を依然として維持していることを示したところに本判決の判例法理としての意義があると思われる。

併せて、消費者厚生ないし社会的厚生といった基準は法理論としては反トラスト法の中心的テーマかもしれないが、本判決においてこれら厚生基準についての具体的検討が試み

⁹⁶ 宮井教授によれば、本件においては「**Aspen** 事件の認定事実が事実上規範の地位に祭り上げられ、本件認定事実は **Aspen** 事件のそれとは異なるから本件は違反の限界事例に当たらないとされるが、取引拒絶がシャーマン法 2 条違反となるための要件論(実体法規範)が先にあり、これを事実にあてはめることで結論を導くのが法的推論の本来のあり方ではないか」と批判する(宮井・前掲注 9, 127 頁)。同様に、**Schoen** は、「**Trinko** 事件で最高裁は違法な排他的行為を識別するための一般的な基準を何も示していない」と指摘する(See, **Schoen**, supra note 83, at 1629)。

⁹⁷ See, **Chandeub**, supra note 68, at 846.

られていないことに鑑みれば、判例法に資する基準としては未だ实际的・実践的なレベルに至っておらず⁹⁸、これら厚生基準に対して一定程度の距離を置いたものとする⁹⁹。

第2節 Trinko 事件連邦最高裁判決以降の単独・直接の取引拒絶判例法理の展開

以下では、Trinko 事件連邦最高裁判決以降の判例動向を追跡することにより、Trinko 事件連邦最高裁判決が単独・直接の取引拒絶事案において判例法理としてどのように位置付けられ、また機能しているか概観するとともに、現在の米国裁判所における単独・直接の取引拒絶判例法理の展開状況を総括する。

2-1. Trinko 事件連邦最高裁判決以降の判例動向

以下で概観する Covad 事件連邦控訴裁判決¹⁰⁰は、Trinko 事件連邦最高裁判決の直後に、連邦最高裁が Trinko 事件連邦最高裁判決の見地から再審理するよう控訴裁に差し戻した判決である。同事件は 1996 年電気通信法と反トラスト法に関連する事案であり、Trinko 事件と事案の状況が類似するという特殊性がある。

2-1-1. Covad 事件連邦控訴裁判決(2004 年) 【Type Y】

<事案の概要>

差し戻し前の第一次控訴審判決¹⁰¹記載の事実によれば、本件の原告 Covad 社は高速デジタル回線(DSL: Digital Subscriber Line)によりインターネットサービスを提供する新規の通信事業者であり、他方、被告 BellSouth 社は電気通信設備を有する既存の通信事業者であり、Covad 社同様 DSL サービスを提供していた。Covad 社と BellSouth 社は DSL サービス事業分野において競合する関係にあったが、Covad 社は DSL サービスを展開するうえで BellSouth 社保有の既存設備を利用する必要があった。1996 年電気通信法 251 条(c)項は既存事業者に対して合理的かつ非差別的な条件で新規事業者と接続する義務を課しており、Covad 社と BellSouth 社は同法の規定に準じて 1998 年に相互接続協定を締結し、BellSouth 社保有の設備を Covad 社が利用することに関して合意がなされたが、Covad 社は BellSouth

⁹⁸ この点については、本稿 第4章 第2節を参照。

⁹⁹ Schoen によれば、裁判所に厚生基準の適用を求めることは、裁判所に取引条件等の救済策を講じる経済計画局となることを求めることであるとし、裁判所が規制当局としての役割を担うことを不適切とした本判決では厚生テストといった効果アプローチを採用することに否定的な立場が示されたとする(See, Schoen, *supra* note 83, at 1651)。

¹⁰⁰ See, Covad 2004, *supra* note 2.

¹⁰¹ Covad Communications Co. v. BellSouth Corp., 299 F.3d 1272 (11th Cir. 2002), [hereinafter, 'Covad 2002'].

社が DSL サービス事業分野における競争を排除し、地域通信市場の独占を維持・拡張するために Covad 社のサービス提供を妨害¹⁰²したとしてシャーマン法に基づき提訴した。

Covad 社が EF 理論に基づき BellSouth 社の取引拒絶は違法であると主張したのに対し、第一次控訴審において控訴裁は BellSouth 社の既存設備を不可欠施設であると認め¹⁰³、BellSouth 社の取引拒絶を違法と認定した¹⁰⁴。これに対し BellSouth 社が上告し、連邦最高裁は Trinko 事件連邦最高裁判決の見地から再審理するよう控訴裁に差し戻した¹⁰⁵。

＜連邦控訴裁の判断＞

差戻し後の第二次控訴審判決において、控訴裁は第一次控訴審判決を覆す判断を行っている。すなわち、EF 理論の適否に関して、Trinko 事件連邦最高裁判決が、これまで連邦最高裁は EF 理論を支持したことも棄却したことも無いと述べたこと、および 1996 年電気通信法がそうであるように、州または連邦の当局が競争者のインフラ施設にアクセスを強制する権限を有している場合、EF 理論の請求は棄却されるべきであると述べたことを考慮して EF 理論を適用する必要性を否定した¹⁰⁶。

また、取引拒絶の違法性判断に関しては、Trinko 事件連邦最高裁判決が Aspen 事件における取引拒絶が任意で開始された継続取引の一方的な拒絶であったのに対し、Trinko 事件における取引拒絶は 1996 年電気通信法により強制されたものであり、任意に開始された継続取引でもなく、利益が見込まれる取引でもなかったことから、取引拒絶を例外的に違法とした Aspen 事件とは異なるとして Trinko 事件における取引拒絶の違法性を否定したことを考慮し、Trinko 事件と事案の態様を同じくする本件取引拒絶の違法性を否定した¹⁰⁷。

上記差戻し後の控訴裁判決は EF 理論についての判断、および取引拒絶についての判断とも Trinko 事件連邦最高裁判決に倣った解釈を与えており、Trinko 事件連邦最高裁判決の考

¹⁰² Covad 社の主張によれば、DSL サービスの卸売供給者であり競争者でもある BellSouth 社が、いわゆる価格圧搾(price squeeze)や接続拒否を行うことにより Covad 社の事業を妨害したとされる(Id. at 1277-1278)。

¹⁰³ Covad 社は BellSouth 社の既存設備が不可欠施設であると主張するにあたって、MCI 事件連邦控訴裁判決(MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), [hereinafter, 'MCI'])における EF 理論の 4 要件を参照し、これへの当てはめを行っている。すなわち、1)BellSouth 社が不可欠な施設を支配していること、2)BellSouth 社の設備を複製することは経済的に現実的ではないこと、3)BellSouth 社が当該設備への接続を拒絶していること、4)当該設備への接続が可能であることを指摘し、第一次控訴審において控訴裁はこの主張を認容している(See, Covad 2002, supra note 101, at 1285-1288)。

¹⁰⁴ 第一次控訴審において、控訴裁は EF 理論に基づいて BellSouth 社の取引拒絶を違法と認定する上で、独占的事業者は不可欠施設へのアクセスを合理的な条件で提供する義務があると述べた Terminal R.R 事件連邦最高裁判決(United States v. Terminal R.R. Ass'n of St. Louis, 224 U.S. 383, 411 (1912), [hereinafter, 'Terminal R.R.'])を参照し、BellSouth 社が Covad 社に対して不可欠施設である自社保有の設備を合理的な条件でアクセスすることを拒絶したことを重要視し、これを違法と認定した(See, Covad 2002, supra note 101, at 1287)。

¹⁰⁵ BellSouth Corp. v. Covad Communications Co., 540 U.S. 1147 (2004).

¹⁰⁶ See, Covad 2004, supra note 2, at 1050.

¹⁰⁷ Id. at 1049.

え方が強く反映されている状況が窺える¹⁰⁸。

もっとも、同判決は **Trinko** 事件連邦最高裁判決の見地から再審理を命じられたものであるため、**Trinko** 事件連邦最高裁判決の影響を色濃く受けるのは必然と言えよう。

以下では、時期的には **Covad** 事件第二次控訴審判決と同時期(すなわち、**Trinko** 事件連邦最高裁判決直後)ではあるが、電気通信関連分野以外の事案(すなわち、単独・直接の取引拒絶の一般的な事案)を概観し、**Trinko** 事件連邦最高裁判決の位置付けを確認する。

2-1-2. NYMEX 事件連邦地裁判決¹⁰⁹(2004 年) 【Type Y】

<事案の概要>

本件¹¹⁰の反訴被告 **NYMEX** 社は先物取引所を運営する会社であり、ある特定の天然ガス銘柄と原油銘柄に関して米国内で唯一取引を行うことができる先物取引所である。当該天然ガス銘柄と原油銘柄を取引するには **NYMEX** 社が運営する取引所を経由する形式と、仲介業者が直接取引を行う形式とがあるが、直接取引における価格水準は先物取引所における決済価格(settlement price)が基準となっており、仲介業者は **NYMEX** 社の決済価格データを参照することが不可欠であった(当初、**NYMEX** 社は無償で決済価格データを公開していた)。

他方、本件反訴原告 **ICE** 社はインターネット上に電子商取引の Web サイトを開設・運営する仲介業者であり、**NYMEX** 社により開示される決済価格に基づく価格で先物商品の取引を行っており、**ICE** 社は **NYMEX** 社の決済価格データを参照することなしに取引を行うことができない状況にあった。

NYMEX 社は先物取引所を運営する一方で、**ICE** 社と同様の Web サイトを開設し直接取引にも応じるようになったため、電子商取引市場において **ICE** 社と **NYMEX** 社は競合する関係になったが、**NYMEX** 社は決済価格データに著作権を主張するとともに、**ICE** 社が **NYMEX** 社の決済価格データにフリー・ライドしており著作権を侵害しているとして提訴した。

これに対し **ICE** 社は、**NYMEX** 社の決済価格データは不可欠施設であり、著作権保護および著作権侵害訴訟により当該決済価格データの使用を妨げたことは違法な取引拒絶であり、且つ先物取引市場の独占化を図るものであるとして、シャーマン法 2 条に基づき本件反訴に及んだ。

¹⁰⁸ **Covad** 事件第二次控訴審判決と同様に、1996 年電気通信法と反トラスト法に関する事案であり **Trinko** 事件連邦最高裁判決の見地から差し戻された事案として **Metronet** 事件連邦控訴裁判決(第二次控訴審判決：See, *Metronet* 2004, *supra* note 2)がある。本件においても EF 理論の適否と取引拒絶の違法性が争われたが、**Trinko** 事件連邦最高裁判決の見解に沿う形で再審理がなされ、EF 理論の適用を否定するとともに取引拒絶の違法性が否定された。

¹⁰⁹ *New York Mercantile Exchange, Inc., v. Intercontinental Exchange, Inc.*, 323 F. Supp. 2d 559 (S.D.N.Y. 2004), [hereinafter, 'NYMEX'].

¹¹⁰ 本件は原告 **NYMEX** 社の提訴に対して被告 **ICE** 社が反訴を提起したため、反訴原告 **ICE** 社の訴えに対する審理が行われたものである。

＜連邦地裁の判断＞

まず、EF 理論の適否に関して、連邦地裁は **Trinko** 事件連邦最高裁判決を参照しつつ¹¹¹、本件の先物取引分野においては連邦当局として商品先物取引委員会(CFTC: **Commodity Futures Trading Commission**)が管理・監督する権限を有しており、NYMEX 社の決済価格データへのアクセスを確保している状況にあるため EF 理論に基づく請求は棄却されとの判断を行った¹¹²。

また、取引拒絶の違法性判断に関して、連邦地裁は **Aspen** 事件連邦最高裁判決を「単独の取引拒絶を違法と認定した例外的事例」と再評釈した **Trinko** 事件連邦最高裁判決に言及し、本件は例外的事例に該当しないとの判断を行った。すなわち、これまで ICE 社と NYMEX 社は相互に協力して NYMEX 社の決済価格を活用する継続的な関係にはなかったこと、および、NYMEX 社の従前の行為は本件取引拒絶を動機付けるものではないことから ICE 社への協力を拒むことによって NYMEX 社が短期的利益を犠牲にすることは無いとして NYMEX 社による取引拒絶の違法性を否定した¹¹³。この見方は **Trinko** 事件連邦最高裁判決における短期的利益犠牲の有無に着目したアプローチに一致する。

上記判例に見るように、電気通信法関連以外の単独・直接の取引拒絶事案においても **Trinko** 事件連邦最高裁判決の分析手法が採用され、同最高裁判決に沿った違法性判断が為されていることから、同最高裁判決の及ぼす影響の強さと広がりが見て取れる。

また、**Trinko** 事件連邦最高裁判決がそうであるように、前記二つの判例においても EF 理論を適用することの必要性が否定され、また、取引拒絶の違法性が棄却されていることから、単独・直接の取引拒絶を違法と認定することに対して、裁判所は相当程度慎重かつ消極的な立場にあることがうかがえる。

他方、以下の判例は **Trinko** 事件連邦最高裁判決を基礎とした審理を行いつつも、結論として EF 理論に基づく取引拒絶の違法性を認定した事案である。

2-1-3. **Nobody** 事件連邦地裁判決¹¹⁴(2004 年) 【Type B】

＜事案の概要＞

¹¹¹ **Trinko** 事件連邦最高裁判決における「州または連邦の当局が共用を強制する権限を有し、且つ、その範囲と期間を規制する権限を有している場合には EF 理論に基づく請求は棄却されるべきである」との判旨(See, **Trinko**, *supra* note 1, at 411)が参照されている(See, NYMEX, *supra* note 109, at 568)。

¹¹² 連邦地裁は「CFTC は商品取引所に決済価格の共用を強制する範囲と期間を決定する上で、反トラスト裁判所よりも適切な地位にある」とも述べており、事業法規制下における裁判所の役割を限定的に捉えた **Trinko** 事件連邦最高裁判決を考慮していることがうかがえる(See, NYMEX, *supra* note 109, at 570)。

¹¹³ See, NYMEX, *supra* note 109, at 571.

¹¹⁴ **Nobody In Particular Presents, Inc., v. Clear Channel Communications, Inc.**, 311 F. Supp. 2d 1048 (D. Colo. 2004), [hereinafter, 'NIPP']. なお本判決も先に検討した **Covad** 事件連邦控訴裁判決や NYMEX 事件連邦地裁判決と同様、**Trinko** 事件連邦最高裁判決の直後に出された判決である。

本件原告 NIPP 社はコロラド州のデンバーでロックコンサートのプロモーション事業を行う事業者であり、他方、本件被告 Clear Channel 社は世界的な複合企業であり、持ち株会社として傘下にラジオ局やテレビ局、広告事業やコンサート会場等のエンターテインメント事業を営む系列会社を多数抱えている。また、Clear Channel 社はデンバー地域におけるラジオ広告およびプロモーション支援市場の 73%を占有する独占的事業者であった¹¹⁵。

NIPP 社の主張によれば、ロックコンサート市場で有意な競争を展開するにはラジオ広告とプロモーション支援が不可欠であるところ、Clear Channel 社は自社の系列以外の事業者がロックコンサートのプロモーション活動をする際に、ラジオ広告とプロモーション支援を拒絶したものであり、これは EF 理論の観点から違法な取引拒絶であるとしてシャーマン法 2 条に基づき提訴した。

<連邦地裁の判断>

まず、EF 理論の適否に関して連邦地裁は、「アクセスが確保されている限り EF 理論は論点となり得ない」¹¹⁶と説示した Trinko 事件連邦最高裁判決を参照しつつも、本件においては Trinko 事件における FCC のような規制当局が存在せず、Clear Channel 社がラジオ広告へのアクセスを自由に制限し得る状況にあることから、これを取り締まる規制体系は反トラスト法以外に存在しないことを指摘し、EF 理論の適用を認めた¹¹⁷。

また、EF 理論の要件充足性を審査する中で、連邦地裁は Aspen 事件連邦最高裁判決を「単独の取引拒絶を違法と認定した例外的事例」と再評釈した Trinko 事件連邦最高裁判決の分析視角を採用しつつ、本件は例外的事例に該当するとの判断を行った。すなわち、Clear Channel 社はこれまで NIPP 社に対して利益を見込んでラジオ広告とプロモーション支援を行っていたにもかかわらず、現在はこれを拒絶して短期的利益を犠牲にしており、このことは、他のプロモーション事業者を排除することによって、その後の長期的利益の独占を図るものであるとの認識を示し、Clear Channel 社の取引拒絶はシャーマン法違反となる例外的事例に該当するとの判断を行った¹¹⁸。

本判決は、Trinko 事件連邦最高裁判決との対比において、EF 理論の適用を肯定し、且つ、単独・直接の取引拒絶を違法と認定したものであり、その結論において同最高裁判決と異なる判断を導いている点が興味深い。

¹¹⁵ 本判決では市場シェア 70%以上で独占力を認定している (Id. at 1110)。

¹¹⁶ See, Trinko, supra note 1, at 411.

¹¹⁷ 本判決では、McKenzie 事件連邦控訴裁判決 (McKenzie v. Mercy Hosp. of Independence, Kansas, 854 F.2d 365 (10th Cir. 1988).) で示された EF 理論の 4 要件への当てはめが行われている。すなわち、i) 独占者によって不可欠施設が支配されていること、ii) 競争者が不可欠施設を複製することが非現実的で非合理的であること、iii) 競争者に対して不可欠施設の利用を拒絶していること、および iv) 不可欠施設を利用させることが可能であることについてそれぞれ審査しており、結論として EF 理論に基づく請求は妥当であるとの判示を行っている (See, NIPP, supra note 114, at 1110-1114)。

¹¹⁸ この判断は前掲の McKenzie 事件連邦控訴裁判決で示された EF 理論の 4 要件のうち、要件 iii) 「競争者に対して不可欠施設の利用を拒絶していること」への当てはめの中で行われている (Id. at 1112-1114)。

もっとも、結論を導く過程で採用されている分析視角は **Trinko** 事件連邦最高裁判決に忠実であり、違法性判断の理論的枠組みとしては同最高裁判決が示した判例法理の影響を強く受けていることがうかがえる¹¹⁹。

前記三つの下級審判例は何れも **Trinko** 事件連邦最高裁判決直後(何れも 2004 年)の事案であるため、時期的に同最高裁判決の影響を強く受けたであろうことは否めないかもしれないが、これ以降も単独・直接の取引拒絶事案の審査において、同最高裁判決で示された違法性判断の枠組みが適用されている。

例えば、ケーブル・システムへのアクセス拒絶が争われた事案において、裁判所は規制当局によってアクセスが確保されていることを理由として **EF** 理論に基づくシャーマン法 2 条違反の請求を棄却しており¹²⁰、或いは、競合するインターネット・プロバイダー事業者間での接続拒絶の事案において、裁判所は当該事案の内容が任意で開始した取引の継続拒絶ではないこと、および当該接続拒絶が利益犠牲を伴うものではないことを理由として被告による接続拒絶はシャーマン法 2 条に違反するものではないとしている¹²¹。

以上のような判例動向から、**Trinko** 事件連邦最高裁判決以降、今日に至るまで、単独・直接の取引拒絶に対して同最高裁判決の示した違法性判断の理論的枠組みが適用されてい

¹¹⁹ ただし、私見によれば、**Aspen** 事件連邦最高裁判決がそうであったように、本件においても **Clear Channel** 社の行為が継続取引の拒絶であったことを考慮すれば、短期的利益犠牲の存在を証明できれば違法構成が可能であり、特段、**EF** 理論の適用に固執する必要はなかったものと考ええる。

¹²⁰ *The America Channel, LLC, v. Time Warner Cable, Inc., and Comcast Corporation*, 2007 U.S. Dist. LEXIS3484 (D. Minn., 2007). 本件において、被告である **Comcast** 社と **Time Warner** 社(以下、両社を併せて「被告」という)はそれぞれ全米第 1 位および第 2 位のケーブル・システムの運営会社であり、**Comcast** 社は **Time Warner** 社の資本を所有する関係にあった。他方、本件原告である **The America Channel** 社(以下、「原告」という)は次世代ケーブル・システムの運営会社であり、次世代システムの本格展開に向けて被告に接続を申し入れたところこれを拒絶されたため、**EF** 理論に基づき被告のアクセス拒絶をシャーマン法 2 条違反として提訴した。これに対し、連邦地裁は「被告のケーブル・システムも含め、ケーブル・システム全般に対する **FCC** のアクセス権限の存在を考慮すれば、原告の **EF** 理論に基づくシャーマン法 2 条違反の請求は意味を為さない。なぜならば、アクセスが確保されている状況において、**EF** 理論は論点となり得ず、同理論に基づく請求は棄却されるべきである」と述べ、原告の訴えを斥けた(at 35-36)。なお、この結論を導く上で、連邦地裁は「本件の論点となるためには、**EF** 理論を認定する上での必須条件として、不可欠施設へのアクセスが不可能であることが指摘できれば十分であり、(**FCC** の規制によって)アクセスが確保されている状況において、**EF** 理論は論点となり得ない」と説示した **Trinko** 事件連邦最高裁判決を参照している(See, *Trinko*, supra note 1, at 411)。

¹²¹ *LiveUniverse, Inc., v. MySpace, Inc.*, 2008 U.S. App. LEXIS 27141 (9th Cir. 2008). 本件において被告 **MySpace** 社はインターネット・プロバイダーであり、ソーシャル・ネットワーク・ウェブサイト市場において支配的地位にあった。他方、同じくインターネット・プロバイダーである原告 **LiveUniverse** 社が被告に対して当該ウェブサイト上での相互接続を申し入れたところこれを拒絶されたため、当該接続拒絶をシャーマン法 2 条違反として提訴した。これに対し、連邦控訴裁は、当該接続拒絶が任意で開始された取引の拒絶ではなく、また、接続に応じることが被告にとって利益となるものではないことを指摘し、当該接続拒絶の違法性を否定した(at 4)。なお、この結論を導くにあたり、連邦控訴裁は **Trinko** 事件連邦最高裁判決において述べられた **Aspen** 事件の違法性認定理由、すなわち「自発的に開始した取引(すなわち、利益が見込まれる取引)の一方的な終了は、反競争の状態を達成するために意識的に短期的利益を放棄したものである」との説示を参照し、これとの対比により本件接続拒絶のシャーマン法 2 条上の違法性を否定している(See, *Trinko*, supra note 1, at 409)。

ることから、同最高裁判決は概ね支持されていると見ることができよう。

第3節 単独・直接の取引拒絶に対する米国競争当局のスタンス

3-1. 司法省2条レポート

2008年9月8日に司法省により公表された「競争と独占：シャーマン法2条における単独行為」と題するレポート(U.S. Department of Justice, ‘Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act’: 以下、「司法省2条レポート」という)¹²²は、競争政策上の論点となる各種単独行為¹²³について司法省の見解を取りまとめたものであり¹²⁴、公表時点においては司法省による単独行為規制の執行方針を示す最も重要な政策文書であった¹²⁵。

もともと、ブッシュ政権下で策定された同レポートについては、オバマ政権発足により新たに司法省反トラスト局長に就任した Christine A. Varney によってその政策文書としての価値が明確に否定され、執行方針の撤回が表明されるという事態に至るが、同時に Varney 局長はこれまでの判例法理を尊重し維持するとの立場を表明するとともに、同レポートの策定に至るまでの議論と同レポートが提供した論点は有益なものであるとして評価する¹²⁶。

よって、司法省2条レポートの意義と位置付けについては今後の競争政策の遂行過程で明確化されて行くものと思われるが、同レポートは少なくとも前政権下において司法省が市場支配的企業の単独行為に対する規制方針を明らかにすべく辿り着いた到達点であり、同レポートにおける単独・直接の取引拒絶の規制方針を確認することは本稿においても有益であると思われ、以下に概観する。

3-1-1. 単独・直接の取引拒絶に対する司法省の基本スタンス

¹²² See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3.

¹²³ 司法省2条レポートで取り上げられている単独行為は略奪価格(Predatory Pricing)、抱き合わせ(Tying)、バンドル値引き(Bundled Discounts)、一方的取引拒絶(Unilateral Refusal to Deal)、および排他的取引(Exclusive Dealing)の五つの行為類型である。

¹²⁴ なお、司法省2条レポートをまとめる過程では、司法省と連邦取引委員会とが共同して100人を越える有識者(その多くは法学者や経済学者および反トラスト法弁護士である)による公聴会を2006年6月から2007年5月にかけて計19回実施し、その議事録は3,219頁に及ぶ(この議事録は以下のウェブサイトより入手可能：http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/sfctranscripts.htm)。

¹²⁵ 司法省2条レポートの総論部分において「同レポートは司法省の政策方針を示すとともに、シャーマン法2条の下での単独行為を評価するうえで、明瞭かつ明確で、実体的かつ効果的であり、執行可能な基準の策定に向けて進展を図ることを意図する」とある(See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, Executive Summary (vii))。

¹²⁶ See, Press Releases May 11 (2009), *supra* note 3.

司法省 2 条レポートの第 7 章「競争者に対する一方的・無条件の取引拒絶¹²⁷(Unilateral, Unconditional Refusal to Deal with Rivals)」の冒頭において、司法省は「一般に、企業は自己の製品を他社に売り又はライセンスする上で、或いは自己の資産を他社に利用させる上で反トラストの義務を負わない(Companies are generally under no antitrust obligation to sell or license their products to, or provide their assets for use by, another company.)」と宣言する¹²⁸¹²⁹。

そして、近時の判例や学説、或いは政策動向によれば、単独・直接の取引拒絶に関して以下のような原則(key principles)が見出されるとする。すなわち、

- ①：一般に、反トラスト法は企業の取引先を選択する権利を制限しない(Antitrust Law generally does not restrict a firm's right to choose those with which it will deal.)¹³⁰。
- ②：反トラスト法は消費者の利益に資する競争過程を保護するものであり、いかなる特定の競争者の命運をも保護するものではない(Antitrust laws protect the competitive process for the benefit of consumers, not the fortunes of any particular competitor.)¹³¹。
- ③：企業に競争者との取引を強制することにより、短期的・静態的な競争は増大するかもしれないが、このことはまた、企業(独占者と他の企業の両方)から将来に向けたイノベーションのためのインセンティブを減少させ、或いは除去してしまう(Although compelling a firm to deal with a rival can increase short-term static competition, it can also diminish or eliminate incentives for firms (both the monopolist and other firms) to innovate in the future.)¹³²。
- ④：裁判官や陪審員(そして反トラスト規制当局)は、企業が製品やサービスを販売する上で適切とされる条件を決定する産業統制当局としての役割を担うことは不適切である

¹²⁷ 司法省 2 条レポートにいう単独の事業者による「競争者に対する一方的・無条件の取引拒絶」は本稿にいう「単独・直接の取引拒絶」と実質的に同義と解され、本稿以下では両者を同義のものとして扱う。なお、ここに言う「無条件の取引拒絶」と対比される行為として「条件付きの取引拒絶(Conditional Refusal to Deal)」が観念される。司法省 2 条レポートによれば「条件付きの取引拒絶」としては反競争的な行為の実効性を担保する手段として取引拒絶を用いる「抱き合わせ」や「排他条件付き取引」がこれに該当すると述べ、これら条件付きの取引拒絶は別個の行為類型として定位する(See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, at 119)。

¹²⁸ *Id.* なお、この立場を示す上で、「原則として『シャーマン法は、完全に私的な事業に携わる取引業者や製造業者に永らく認められてきた権利、すなわち取引したい相手と取引するという、自己の独立した選択権を自由に行使することを制限しない』と判示した Trinko 事件連邦最高裁判決(Trinko, *supra* note 1, at 408 (およびその原典として Colgate 事件連邦最高裁判決(Colgate, *supra* note 24, at 307)))を参照する。

¹²⁹ もっとも、この一般的な原則には例外があることを認め「特定の状況下において、反トラスト法は独占者に競争者と取引することを求める」との認識も示し、例外的に競争者との取引を求めた判例として Southern Photo 事件連邦最高裁判決(Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927))、Otter Tail 事件連邦最高裁判決(Otter Tail, *supra* note 34)、Aspen 事件連邦最高裁判決(Aspen, *supra* note 25)、そして Kodak 事件連邦最高裁判決(Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 540 U.S. 451 (1992))を掲げる(U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, at 119-122)。

¹³⁰ See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, at 123. (see also, Colgate, *supra* note 24, at 307)

¹³¹ *Id.* (see also, Brown Shoe, *supra* note 66, at 320)

¹³² *Id.* (see also, Trinko, *supra* note 1, at 407-408)

(Judges and juries (and antitrust enforcers) are ill-equipped to act as industry regulators deciding the terms on which a firm should be required to sell its products or services.)¹³³。

これらの中でとりわけ司法省が重要視するのが③のイノベーション創出に向けたインセンティブへの影響、および④の裁判所等による取引条件設定および監督の困難さである。

まず、③に関して、司法省の基本スタンスとしては、イノベーションによる消費者利益の増大に対する配慮から、独占者に競争者との取引を強制することには慎重であるべきとの立場を示す。すなわち、経済学的視角から「ゆるぎない真実として、コストを低減したり、消費者の要求を満たす新たな手法を創出するといったイノベーションは、厚生を増大させるうえで枢要なものである」¹³⁴との認識の下、「イノベーションが経済を成長させるからこそ、イノベーションに向けたインセンティブを減少させることは消費者を害する」¹³⁵と述べ、イノベーション創出に向けたインセンティブの維持・向上を図ることが経済学的観点から競争政策に要請されることを立論する¹³⁶。

他方、取引強制がもたらす消費者への影響について、これを短期と長期に区別した上で長期的な影響を重要視する。すなわち、「もし、競争者がより良い製品又は差別化された製品を作るために利用を望む『何か』を独占者が有している場合、独占者が競争者にその『何か』を取引するよう強制されることで消費者の利益は改善する¹³⁷」¹³⁸との短期的な観測を示しつつ、同時に、この副作用として「もし、独占者が競争者との取引を強制されたならば、独占者においてイノベーションのために必要な時間や資源を投入するインセンティブは減少するかもしれない」¹³⁹との懸念を示し、さらに「もし、その他の企業が魅力的なイノベーションは共用されるものと信じてしまうならば、投資に対する将来的なリターンを考慮しつつも、彼らのイノベーションに向けた投資インセンティブは減少するかもしれない」¹⁴⁰と述べ、取引強制が及ぼすイノベーションへのマイナスインパクトを憂慮するとともに、「もし、イノベーションに向けたインセンティブが減少するならば、長期的には消費

¹³³ Id. (see also, Trinko, *supra* note 1, at 408)

¹³⁴ Id.

¹³⁵ Id.

¹³⁶ なお、この立論を受ける形で「適切な反トラスト政策の本質的要素(essential element)は、投資やイノベーション、或いは勤勉さや先見性によって生み出される余剰を、企業が可能な限り獲得することを許容することである」との学説を参照し、反トラスト政策は企業活動に対して寛容であるべきとの方向性を示唆する(Id., see also Dennis W. Carlton & Ken Heyer, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct* 13 (Econ. Analysis Group, Working Paper No. EAG 08-2 2008), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/eag/231610.pdf>.)

¹³⁷ このメカニズムとしては、「もし、独占者が競争者との取引を強制されるならば、短期的な価格の低下や追加的な製品の選択に伴い消費者は即時的な利益を得るかもしれない」と説明される(See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, at 123)。

¹³⁸ Id. at 119.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ Id.

者の利益は害される」¹⁴¹と指摘し、取引を強制することによる消費者利益への弊害を説き、「たとえ独占者であっても、選択するはずのない条件で競争者との取引を強制することは、将来的に独占者や競争者、或いはその両方におけるインセンティブを減少させる」¹⁴²との理解から、結論として「共用を強制することが長期的に消費者利益に資することは殆ど無い」¹⁴³との立場を示す¹⁴⁴。

次に、④に関して、商取引関係は概して複雑かつ流動的であるため「もし、強制的な共用が求められるならば、どの価格水準で¹⁴⁵、何が共用されるべきか、そしてどのような付帯条件があるのかといった困難な決定をしなければならない¹⁴⁶」¹⁴⁷と述べ、裁判所や競争当局がこれら取引条件を適切に決定するのは困難であるとの認識を示し¹⁴⁸、取引へ介入することに極めて消極的な立場を示す¹⁴⁹⁾¹⁵⁰。

以上の認識を踏まえ、単独・直接の取引拒絶を規制することに対する司法省(当時)の基本的なスタンスとしては、取引条件を適切に設定しこれを日常的に監督することの困難さ、

¹⁴¹ Id.

¹⁴² Id. (quoting Trinko, supra note 1, at 408)

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ なお、この結論は公聴会に参加した有識者の共通認識であるとされ、例えば Pitofsky は「一般的なルールに関する最初の提案としては、取引義務は一般には存在しないということである」との考えを提示し(See, Sherman Act Section 2 Joint Hearing: Refusal to Deal Panel Hr'g Tr., at 26, July 18, 2006, [hereinafter, 'July 18 Hr'g Tr.']), Salop は「私の見解としては、訴追可能な取引拒絶は殆ど無い」と述べる(Id. at 107)。

¹⁴⁵ 公聴会において Pate は「裁判所は価格を設定する能力を具備していない」と指摘する(Id. at 30)。

¹⁴⁶ Walton は、FTC が General Motors 社に対して行った調査において、FTC は GM 社と独立系部品会社との合理的な取引条件を見出すために 19 年間も費やしたことを指摘する(Id. at 92)。

¹⁴⁷ See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 119.

¹⁴⁸ 例えば、Hovenkamp も同様の認識に立ち、「反トラスト裁判所は公益事業管理局ではない(antitrust courts are not public utility agencies)」と揶揄する(See, Herbert Hovenkamp, 'The Monopolization Offence', 61 Ohio St. L.J. 1035, 1044 (2000))。

¹⁴⁹ この立場を示す上で、「規制当局の日常的な統制機能を引き受けるような形で、裁判所がアクセス義務を課す問題は、反トラスト法によって救済されるべきではない」と説示した Trinko 事件連邦最高裁判決(Trinko, supra note 1, at 415. (quoting, Areeda, E.F. Epithet, supra note 56, at 853))、および Areeda による「裁判所は、説明不可能で、適切且つ合理的に監督することができない取引義務を課すべきではない」との見解(See, Areeda, E.F. Epithet, supra, at 855)を参照する。

¹⁵⁰ この司法省の立場は、「共用を強制するということは、裁判所にあるべき価格水準を決定しよう求めることであるが、これにより反トラスト裁判所は価格統制局へと変容し、不適切な役割を担うことになる」と答申した反トラスト現代化委員会(Antitrust Modernization Commission)の立場に一致する。反トラスト現代化委員会は「反トラスト現代化委員会法(Antitrust Modernization Commission Act of 2002)」に基づいて設置された独立行政委員会である。同委員会の任務は、反トラスト法を現代化する必要性が存在するか否かを検証することであり、委員長、副委員長、および委員 10 名の計 12 名で構成され、その多くは反トラスト法に精通した弁護士であった。同委員会は約 3 年間にわたる検討を経て、2007 年 4 月に最終報告書(Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation, (April 2007))を取りまとめ、大統領および議会に提出された。同報告書では、法改正等の必要性は提唱されず、「裁判所は、活発な競争と、事業目的の積極的な追求、効率性の実現は、支配的事業者にとっても、或いは競争者が敗退するかもしれないときでも、一般に不適切なものではないことを適切に認識している」として現状を追認した(Id. at 81-116)。なお、この最終報告書は以下のウェブサイトより参照可能である；
http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf

およびイノベーション創出に向けたインセンティブを減少させるリスクへの懸念から、「反トラスト法は競争者との取引を強制すべきではない(the antitrust laws should never compel rivals to deal)」¹⁵¹との方針を掲げる¹⁵²。

3-1-2. 単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準に対する司法省の見解

上記にみたように、単独・直接の取引拒絶に対する司法省(当時)の規制方針は極めて消極的なものである。

もっとも、同レポートは **Trinko** 事件連邦最高裁判決を参照しつつ、裁判所が競争者に対する取引拒絶を権利として無制限に認めたものではない点に留意する¹⁵³。そして、同レポートは、いかなる場合に単独・直接の取引拒絶が違法となり得るのか、その違法性判断基準についての検討を行っている。

a) 継続取引の停止

同レポートは、「独占者が競争者との協力関係を停止する行為は、正当化事由の無い限り、競争を害するという推論に合理的根拠を与える」¹⁵⁴との見方があり得ることを認めつつも、「いったん開始した継続的な行為が、永遠に有効であるべきとする理由はない」¹⁵⁵とし、また「継続的に取引することを義務付けることは、いかなる取引においても、その第一段階において意欲を減退させてしまう」¹⁵⁶との懸念から、司法省としては「継続取引の停止は一般に、反トラスト法が競争者と取引する義務を課すか否かの判断に際して重要な要素ではない」¹⁵⁷との立場をとる。

b) 比較衡量テスト¹⁵⁸

同レポートは、公聴会において、取引拒絶の競争促進的効果と反競争的効果の比較衡量によって違法性を判断することを支持する見解¹⁵⁹があったことを示しつつも、このような比較衡量を実際に行うことの困難さや、短期的で静態的な評価しか期待できないことから、

¹⁵¹ See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, at 125.

¹⁵² この方針は公聴会における有識者の見解を支持する形で提示されている。例えば、「裁判所は反トラスト法に基づいて企業に競争者との取引を強制する権限を放棄すべきである」という **Hovenkamp** の見解(See, Sherman Act Section 2 Joint Hearing: Welcome and Overview of Hearings Hr'g Tr., at 51, June 20, 2006)を援用し、或いは「競争者に対する無条件の取引拒絶は明らかに排除行為に相当しない」と述べる **Whitener** の見解(See, July 18 Hr'g Tr., *supra* note 144, at 72)を参照する。

¹⁵³ See, U.S.D.O.J Report § 2, *supra* note 3, at 125 (quoting **Trinko**, *supra* note 1, at 408).

¹⁵⁴ *Id.* at 125-126.

¹⁵⁵ *Id.* at 126.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ ここに言う「比較衡量テスト(effects-balancing test)」は、本稿 第4章で検討した「厚生テスト(welfare test)」と基本的に同一の視座を有するテストである。

¹⁵⁹ See, July 18 Hr'g Tr., *supra* note 144, at 16 (**Kolasky**); *id.* at 21-22, 25-26 (**Pitofsky**).

これを積極的には援用していない¹⁶⁰。

c) 経済的不合理性テスト

同レポートは、公聴会において、競争を減少させ、或いは競争を排除する目的以外に被告側において経済的に意味をなさない行為であるか否かを違法性判断基準とすべきとする見解¹⁶¹があったことを示しつつも、このような基準は、専ら独占者の利益水準にのみ着目し、本来着目すべき消費者厚生への影響を考慮するものではないことから、これを積極的には採用していない¹⁶²。

上記 a)に見る司法省(当時)の立場は、Trinko 事件連邦最高裁判決や Aspen 事件連邦最高裁判決が、継続取引の拒絶という観点から短期的利益犠牲の存在を認めて違法認定したことを必ずしも肯定的に受け止めるものではなく、また、c)についての見解は、Trinko 事件連邦最高裁判決で司法省が FTC と共同で提出した意見書において示した短期的利益犠牲テストを支持する立場¹⁶³を見直す方向に転じたものと思料される。

このように、単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断基準に関しては、従前の考え方を参照しつつもこれを積極的に支持する姿勢はとらず、司法省の見解として「競争者に対する一方的・無条件の取引拒絶に関しては、反トラスト法の介入によってインセンティブが減少し、且つ、救済が困難であること考慮すれば、長期的に消費者利益を害するリスクが重大である」¹⁶⁴と述べ、結論として「競争者に対する一方的・無条件の取引拒絶に対する反トラスト法上の義務は、シャーマン法 2 条の執行において重要な役割を担うべきではない(antitrust liability for unilateral, unconditional refusals to deal with competitors should not play a meaningful part in section 2 enforcement)」¹⁶⁵との立場を表明する。

そしてこの立場は、消費者利益の観点から単独・直接の取引拒絶は規制されるべきではなく、規制する上で必要となる違法性判断基準については、それ自体不要とする立場であると思料される。

3-1-3. EF 理論に対する司法省の評価

本レポートにおいては EF 理論についての司法省の見解も提示されている。

まず、司法省は EF 理論を提示したリーディング・ケースとして Terminal Railroad 事件

¹⁶⁰ See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 37-38.

¹⁶¹ See, Sherman Act Section 2 Joint Hearing: Conduct as Related to Competition Hr'g Tr., at 115, May 8, 2007 (Melamed).

¹⁶² See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 41.

¹⁶³ See, Brief for the United States and Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner, 2003, at 16.

¹⁶⁴ Id. at 126.

¹⁶⁵ Id. at 127.

連邦最高裁判決¹⁶⁶を掲げ、同理論が、MCI 事件連邦控訴裁判決¹⁶⁷で定式化された¹⁶⁸との認識を示す一方で、同理論は Aspen 事件連邦最高裁判決で適用可能性を検討する必要がないとされたことを指摘し¹⁶⁹、また、Trinko 事件連邦最高裁判決においても同理論を適用することの必要性が否定的に述べられたことを踏まえ¹⁷⁰、判例法理の観点から EF 理論の意義を消極的に捉える¹⁷¹。

次いで、司法省は EF 理論に対する学説の批判的立場を援用し¹⁷²、「EF 理論は、何をもって施設と観念するのか、或いは、何をもって施設の不可欠性を定義するのか、そして、何をもってアクセス拒絶を構成するのかについて明確な指針を提供するものではない」との立場を示す¹⁷³¹⁷⁴。

そして、EF 理論においても、イノベーションに向けたインセンティブへの配慮と裁判所の能力的限界から、単独・直接の取引拒絶と同様の問題に直面すると指摘し、EF 理論を法理論として適用することに否定的な姿勢をとる。すなわち、「もし、事後的に施設の共用が強制されるならば、企業は自ら進んで施設を構築するコストを投じることやリスクを取ることに消極的になってしまう」¹⁷⁵との懸念が生じるとともに、「EF 理論に基づいて救済を認める場合、裁判所は価格設定やその他取引条件を設定する困難な問題に直面する」¹⁷⁶との認識を示し¹⁷⁷、結論として「EF 理論は、一方的・無条件の取引拒絶が競争を害するか否かを判断する上で不完全な手段である(the essential-facilities doctrine is a flawed means of deciding whether a unilateral, unconditional refusal to deal harms competition)」¹⁷⁸と述べ、「本質的に、EF 理論は、学説や裁判所を惑わし(同理論の)含意を分析することなく取

¹⁶⁶ See, Terminal R.R., supra note 104.

¹⁶⁷ See, MCI, supra note 103.

¹⁶⁸ いわゆる EF 理論の 4 要件であり、1)独占者によって施設が支配されていること、2)競争者によって施設を複製することが合理的かつ現実的ではないこと、3)競争者が当該施設の利用を拒絶されていること、および、4)当該施設を使用させることが可能であることの 4 つの要件を満たす場合、独占者の競争者に対する取引拒絶は違法であるとする理論である(Id. at 1132-1133)。

¹⁶⁹ See, Aspen, supra note 25, at 611 n.44.

¹⁷⁰ See, Trinko, supra note 1, at 411.

¹⁷¹ See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 127.

¹⁷² ここでは、「EF 理論は有害かつ不要で廃棄されるべき」と説く Areeda と Hovenkamp の見解(See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law IIIA 2nd ed.”, ¶ 771c. at 173 (2002))や、「EF 理論のような強制的なアクセスによる救済は、反トラスト法に適合的ではない」との立場を示す Lipsky と Sidak の見解(Abbot B. Lipsky, Jr. & J. Gregory Sidak, ‘Essential Facilities’, 51 Stan. L. Rev. 1187, 1195 (1999))等が援用されている(See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 127-128)。

¹⁷³ 有識者による公聴会においては、EF 理論を限定的に肯定する論者と全面的に否定する論者との双方が見受けられる。例えば、Pitofsky は「EF 理論はボトルネック独占に対しては必要とされる」と述べる(See, July 18 Hr’g Tr., supra note 144, at 26 (Pitofsky))のに対し、Kolasky は「この際、EF 理論は廃棄されるべき」と述べ(Id. at 116 (Kolasky))、Whitner も「EF 理論は排除すべき」と否定的である(Id. (Whitner))。

¹⁷⁴ See, U.S.D.O.J Report § 2, supra note 3, at 128.

¹⁷⁵ Id. at 129.

¹⁷⁶ Id.

¹⁷⁷ これに関連して、司法省は EF 理論の 4 要件を適用することの困難さについて、裁判所は施設へのアクセスを強制する上で、いかにして有効な競争状態を確保するか決定しなければならないこと、或いは、裁判所は競争者が施設を複製する場合に必要とされる合理的で現実的なコストを算定しなければならないこと等を指摘する(Id.)。

¹⁷⁸ Id.

引義務の判決を下さしめるラベルである(The doctrine is essentially a “label that beguiles some commentators and courts into pronouncing a duty to deal without analyzing [its] implications.”)」¹⁷⁹との辛辣な評価を与える。

以上のように、単独・直接の取引拒絶に対する司法省(当時)のスタンスとしては、原則的にこれを規制する必要は無いとするものであり、規制基準としての各種テストの採用可能性を消極的に捉え、また、規制法理としての EF 理論の存在意義を否定的に捉えるものである。司法省が競争政策上留意するのはイノベーション創出に向けたインセンティブへの配慮であり、裁判所の管理・監督機能の限界である。この問題意識は *Trinko* 事件連邦最高裁判決が示した立場と軌を一にするものであり、同最高裁の判決を基本的には支持するものと思料されるが、同最高裁判決が「例外的」との留保を付しつつも、単独・直接の取引拒絶に違法となる領域が存在することを認め¹⁸⁰、その例証として、例えば継続取引拒絶に伴う短期的利益犠牲に違法認定の一つの根拠を見出しているのに対し、本 2 条レポートに見る司法省の見解としては、単独・直接の取引拒絶はシャーマン法 2 条上の重要な問題ではないとし、継続取引拒絶に伴う短期的利益犠牲から違法認定するアプローチについてこれを必ずしも有益な手法として捉えていない。

故に、私見としては、単独・直接の取引拒絶に対する司法省 2 条レポートと判例法理の規制スタンスは、ともにイノベーション創出に向けたインセンティブへの配慮、および裁判所の管理・監督機能の限界といった共通の問題意識から立論しつつも、また、原則的に単独・直接の取引拒絶は適法であるとの共通の認識を示しつつも、これに例外的な違法領域の存在をどの程度認めるか、および例外的な違法領域を適切に識別するための実効的な判断基準をどの程度必要とするか、ひいては例外的な違法領域において競争制限的状态がもたらす弊害をどの程度重要視するかについて立場を異にするものであり、従って、両者の単独・直接の取引拒絶に対する規制スタンスは異質なものと捉えるべきであると思料される。

3-2. 司法省 2 条レポートに対する反応

3-2-1. FTC の反応

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ 本レポート公表後の判決である *Linkline* 事件連邦最高裁判決(Pacific Bell Telephone Co, et al., v. *Linkline Communications, Inc.*, 129 S. Ct. 1109 (2009))において、最高裁は、単独・直接の取引拒絶が例外的に違法となった事例として *Aspen* 事件連邦最高裁判決を掲げ、判例を維持することにより、単独・直接の取引拒絶に違法となる領域が存在することを追認している(*Id.* at 1118)。なお、*Linkline* 事件連邦最高裁判決は、取引義務が無く、略奪価格も認められない状況において、価格圧搾は原則的にシャーマン法 2 条違反とならないと判断した注目すべき判決であり、*Trinko* 事件連邦最高裁判決と *Brooke Group* 事件連邦最高裁判決を判旨の基礎として参照する。

司法省 2 条レポートが公表された同日(2008 年 9 月 8 日)、連邦取引委員会(Federal Trade Commission: FTC)の William E. Kovacic 委員長と他の 3 委員(Pamela J. Harbour 委員、Jon Leibowitz 委員、および J. Thomas Rosch 委員)は同レポートに対する意見書¹⁸¹を公表しており、同意見書の冒頭において「FTC は同レポートに賛同することも支持することもない(The Federal Trade Commission does not join or endorse this report)」¹⁸²と表明し、同レポートに対する不支持の立場を明らかにしている。

同意見書の中で、3 委員は「もし、司法省 2 条レポートが裁判所によって採用されたならば、シャーマン法 2 条の執行は著しく弱まる」との懸念を示すとともに、同レポートの問題点として下記二点を指摘する。すなわち、第一に、「連邦最高裁が反トラスト法の主たる目的は消費者の厚生を高めることであると宣言しているのに対し、司法省 2 条レポートは専ら独占力或いは独占に近い力を享受している企業に多くの配慮をし、消費者の利益よりもこれら企業の利益を優先する形で法的枠組みを規定するものである」¹⁸³と厳しく批判し、第二に「司法省 2 条レポートは、シャーマン法 2 条に関する法学的、経済学的、そして学術的な見解に著しく偏重したものであり、公聴会を通じて得られた考証はシャーマン法 2 条の利害関係者全ての意見を代表するものではない」¹⁸⁴と否定的な評価を与える¹⁸⁵。

そして、3 委員は「司法省 2 条レポートの記載事項は、シャーマン法 2 条の下で事案を訴追することがほとんど不可能になるという規制基準を採用することである」¹⁸⁶との見解を示すとともに、FTC の対応方針として「もし、司法省が実際に同レポートで表明した政策を実行するならば、FTC はこれにより創出されるであろういかなるシャーマン法執行をも無効にすべく対抗する」¹⁸⁷との姿勢を示し、司法省 2 条レポートに基づいて政策が展開されることを強く警戒する¹⁸⁸。

3-2-2. 司法省(現在)の反応

先にも述べたように、2009 年 1 月のオバマ政権発足により新たに司法省反トラスト局長

¹⁸¹ Federal Trade Commission, 'FTC Commissioners React to Department of Justice Report, "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act"', available at <http://www.ftc.gov/opa/2008/09/section2.shtm>

¹⁸² Id. なお、FTC は DOJ と共同して公聴会を開催したものの、司法省 2 条レポートの策定には参画していない。

¹⁸³ Id.

¹⁸⁴ Id.

¹⁸⁵ この点に関し、同意見書は「とりわけ、消費者の利益を代表する意見が十分に反映されておらず、司法省 2 条レポートは反トラスト法の適用について経済理論に過度に依拠した考察がなされている」と批判する(Id.)。

¹⁸⁶ Id.

¹⁸⁷ Id.

¹⁸⁸ 他方、委員長の Kovacic は、上記 3 委員による意見書には加わらず、司法省 2 条レポートの策定に際して協力を厭わなかった DOJ 職員や FTC 職員、或いは公聴会への参加を賜った有識者への謝辞を述べるとともに、本レポートにおいて近時の理論や政策を歴史的に検証したことによって有益な進展が得られたこと、および今後とも市場支配的企業の行為に対する反トラスト法の適用について理論的な基礎付けを与えるよう詳細な検証を求めるといった中立的な見解を述べるにとどまる(Id.)。

に就任した Christine A. Varney は、同年 5 月 11 日の声明において司法省 2 条レポートを撤回し、競争政策の転換を表明した¹⁸⁹。

Varney 局長の声明によれば、「司法省 2 条レポートは、政府による反トラスト政策の執行に極めて多くの障害をもたらし、シャーマン法 2 条に係る行為に対して細心の注意を求めるとともに、セーフハーバーを拡張させるものである」¹⁹⁰との認識を示し、「2 条レポートを撤回することは執行方針の変更であり、独占企業が市場支配力を行使し、競争を抑圧し、消費者に悪影響を与えようとする事案について、反トラスト局は積極的に追及していくという姿勢を、全ての人に知らせる最も明確な方法である」¹⁹¹と述べ、「本日をもって、司法省 2 条レポートはもはや司法省の政策ではない」¹⁹²と宣言した。

なお、Varney 局長は「反トラスト局は、反トラスト法を執行する際に、既に確立した判例法及び最高裁判例に立ち返ることになる」¹⁹³と述べてこれまでの判例法理を維持する姿勢を示すとともに、「私は、2 条レポートの結論には同意しないが、本ヒアリング及び本レポートが、単独行為を含めた執行に関する問題点について有益な議論を提供したと確信している」¹⁹⁴と述べ、本レポートの意義については評価する。

このように、司法省 2 条レポートに対する FTC および司法省(現在)の態度は極めて批判的であり、何れも強い姿勢で不支持の立場を表明する。FTC と司法省(現在)が懸念するのは同レポートに基づく競争政策の方針が、シャーマン法 2 条の執行を著しく弱めることであり、このことから、両者が、市場支配的企業による単独行為に対してシャーマン法 2 条を適用すべきとする状況を少なくとも司法省(当時)よりも広く認識し、これを積極的に規制する意志と意欲を有していることがうかがえる。

また、単独・直接の取引拒絶を取り扱う上で、司法省 2 条レポートが配慮するイノベーション創出に向けたインセンティブの確保や裁判所の管理・監督機能の問題は確かに実務上留意すべき問題点ではあるに違いないが、FTC の意見書および司法省(現在)の声明を踏まえれば、これを理由としてシャーマン法 2 条の執行を消極化ないし緩和化することは両者の執行方針としては採用され得ないものと思料される。

もっとも、司法省 2 条レポートが多くの有識者(学者や実務家)の参画を得て形成されたことに鑑みれば、今後、企業の単独行為(その一形態としての単独・直接の取引拒絶)に対して、寛容であるべきとの力学が働くことは不可避であると思われ、これら学説や実務家の志向するベクトルと、裁判所や競争当局の目指すベクトルとがそれぞれ異なる方向性を示す状

¹⁸⁹ See, Press Releases May 11 (2009), *supra* note 3.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² *Id.* 本声明において、「消費者、企業、裁判所、および反トラスト当局は、司法省の反トラスト執行政策として司法省 2 条レポートに依拠すべきではない」とも付言する(*Id.*)。

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

況において、両者の合意を図りつつ単独行為規制の総体的なベクトルを進展させ、規制法理として確立するには、なお時間を要するものと考ええる。

第4節 米国法まとめ

以上、第1章から本章までを第一部として、単独・直接の取引拒絶の米国反トラスト法上の位置付けについて、判例や学説の動向を時系列で辿る形で検討を試みた。本稿における分析によれば、米国における単独・直接の取引拒絶規制の法的枠組みとして以下のことが言えるものと考ええる。

- ①：今日の米国反トラスト実務において、単独・直接の取引拒絶を取り扱う上で参照すべき判例として支持されているのは **Trinko** 事件連邦最高裁判決であり、同判決によれば、**Colgate** 事件連邦最高裁判決における判示事項を踏まえ単独・直接の取引拒絶は原則的に適法であり、当該取引拒絶が例外的に違法となるのは **Aspen** 事件連邦最高裁判決によって示される「限界事例」に該当する場合であるとされ、単独・直接の取引拒絶の違法性を判断する上で **Aspen** 事件連邦最高裁判決が基礎となる考え方を提供している。
- ②：**Aspen** 事件連邦最高裁判決が示す「限界事例」とは、利益を見込んで開始した取引の一方的な拒絶、すなわち、継続取引の一方的な拒絶であり、当該継続取引拒絶が「短期的利益犠牲」を伴う場合には「短期的な利益を犠牲にして競争者に損害を与えることにより長期的に市場において競争を減殺し独占を実現する」ものであると評価されるため、当該継続取引拒絶は反競争的な行為として違法が推認される。
- ③：よって、単独・直接の取引拒絶を例外的に違法なものとして規制する場合、その違法性を判断する一つの基準として、**Aspen** 事件連邦最高裁判決において採用された短期的利益犠牲テストが判例法上妥当な基準であると解され、この短期的利益犠牲テストは競争者の排除といった「目的の不当性」を識別し、行為者自身に及ぼす不合理性という観点から行為の反競争性を推認するテストとして機能する。
- ④：また、**Aspen** 事件は、独占者が継続取引を拒絶したことに伴い、競争者に広告や販売促進等の費用支出を余儀なくさせた事案であり、競争者に及ぼす影響(競争者に及ぼす不合理性)という観点から行為の反競争性を推認するテストの必要性が示唆される。
- ⑤：この点に関し、競争者の事業活動の困難化といった「効果の不当性」の観点から、問題とされる行為が競争者の費用を上げるものか否かに着目した場合、ライバル費用

引上げテストに活用可能性が見出される。従って、短期的利益犠牲テスト(行為者自身に及ぼす不合理性と「目的の不当性」に着目)とライバル費用引上げテスト(競争者に及ぼす不合理性と「効果の不当性」に着目)の双方を活用することにより単独・直接の取引拒絶の反競争性(能率競争に反する単独・直接の取引拒絶)を適切に評価・認定することが可能になるものと考ええる。

⑥：しかしながら、短期的利益犠牲テストとライバル費用引上げテストは、評価のベースラインを有する継続取引拒絶(乃至は、事業法等により取引義務の存在を前提とした取引拒絶)に対しては適用可能であるが、評価のベースラインを有さない任意の新規取引拒絶に対しては適用不可能であり、任意の新規取引拒絶の違法性を判断する基準ないし違法性を基礎付ける法理論は現時点で見出せていない。

⑦：他方、反トラスト法の制定以降、単独・直接の取引拒絶の違法性判断においては永らく「独占化の意図・目的」が存在することを客観的証拠によって論証するアプローチが採用されてきた。そしてより一層、客観性と透明性を具備した違法性判断基準が探索される中で、下級審判例を中心に事案の客観的状況から違法性を判断する EF 理論が形成されるに至るが、連邦最高裁は今日まで EF 理論を採用したことが無く、また、EF 理論を採用することについて消極的である。

⑧：この EF 理論の採用可能性と意義に関して、事業法規制下に無い任意の取引拒絶であって、且つ、新規取引拒絶である場合、当該新規取引拒絶が例外的に違法となる場合があるのか否か(当該新規取引拒絶は例外なく適法なのか否か)については未だ明らかではなく、EF 理論の採用可能性があるとするれば、当該新規取引拒絶の違法性を基礎付ける法理論が求められる局面であり、当該新規取引拒絶に対して違法性を判断する局面であると推察される。

⑨：なお、本稿の序章において単独・直接の取引拒絶についてタイプ別分類(表 1(序章末尾に掲載))を行ったが、米国における主要な判例をタイプ別に仕分けると表 2(本章末尾に掲載)のようになり、さらに、違法認定の判断要素を併記して再整理すると表 3(同)のようになる。

このような整理によれば、米国における単独・直接の取引拒絶は、Type X についての判例の蓄積はないものの、Type A, B, Y については、史的展開を踏まえた判例法理として、独占力の保有を背景としつつ、能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)形で競争者を排除する場合に、各タイプとも排除行為としてシャーマン法 2 条違反となるものと推察される(このタイプ別の分類とその分析については、本稿後段の終章で EU・日本の判審例も含めて改めて考察を与える)。

以上が本稿における米国反トラスト法上の単独・直接の取引拒絶規制の法的枠組みについての概括である。Trinko 事件連邦最高裁判決に象徴されるように、米国における単独・直接の取引拒絶に対する規制はあくまで例外的であり、たとえ独占的事業者であってもイノベーション創出に向けたインセンティブの確保や裁判所の管理・監督機能の限界といった問題意識から、規制に対して極めて消極的な姿勢がとられている¹⁹⁵。このような態度からうかがえるのは、成熟した資本主義の下で今なお発展を続ける米国経済の市場原理に対する絶対的な信頼と自信であり、裁判所や政府による介入は最小限かつ例外的な場合にのみ規制すれば足りるとの自由放任主義的経済観なのかもしれない¹⁹⁶。

これに対し、EU では経済圏の整備・構築が現在もなお進行中であり、EU 市場の統合(共同市場の創設)が最優先課題として掲げられている¹⁹⁷¹⁹⁸。EU においては裁判所(欧州裁判所)や政府(欧州委員会)が市場に対して主体的かつ積極的に関与し¹⁹⁹、独占的事業者は「特別の責任(special responsibility)」²⁰⁰を負いつつ、「企業がジェントルマンのように競争することを期待されている」²⁰¹と評され、米国とかなり状況を異にする。

¹⁹⁵ 規制に対して消極的な態度をとる理由として、積極過誤(false positive)に伴う萎縮効果も指摘される。米国の反トラスト訴訟においては私訴制度が活発に機能しており、制度的に重要な役割を担っているのが三倍額賠償制度およびクラス・アクション制度である。競争当局による調査の発表があると直ちにクラス・アクションや三倍額損害賠償訴訟(ないしその両方)が提起されることも珍しくなく(その好例が Trinko 事件である)、萎縮効果を生じさせる最も大きな要因であるとされる(参照 経営法友会 法務ガイドブック等作成委員会編『欧米競争法ガイドブック』(商事法務・2009 年)11 頁)。

¹⁹⁶ もっとも、2008 年 9 月 15 日のリーマン・ショック以降、米国経済は新たな局面を迎えているように見受けられる。司法省 2 条レポートが公表されたのは同年 9 月 8 日であり、リーマン・ショック以前の「強い米国経済」が同レポート策定の前提であった。しかし、リーマン・ショック後の 2009 年 1 月 21 日に大統領に就任したオバマ大統領はその就任演説の中で、「我々の経済はひどく弱体化している(中略)、米国経済は大胆且つ迅速な行動を求めている(中略)、今回の危機は、監視が無ければ市場は統制を失い、豊かな者ばかりを優遇する国の繁栄が長続きしないことを我々に気づかせた」と述べ、金融資本主義の過熱を自制するとともに市場経済の健全化を図る方針を示した(this speech is available at http://www.whitehouse.gov/the_press_office/President_Barack_Obamas_Inaugural_Address)。

¹⁹⁷ EU の政策目的は、第一に欧州共同市場の創設、第二に共通外交安全政策、そして第三に警察・刑事司法協力であるとされる(参照 須網隆夫『ヨーロッパ経済法』(新世社・2001 年)2 頁)。

¹⁹⁸ EU 競争法の直接目的は EU 市場の統合であり、究極目的は EU 経済の発展であるとされる。EU 機能条約 101 条 3 項は、共同行為が「技術・経済進歩」に寄与する場合には競争法の適用を除外するものであり、EU 経済発展のために競争を犠牲にすることを許容する規定が設けられている(参照 滝川・前掲注 77, 9 頁)。

¹⁹⁹ 例えば、EU 機能条約 106 条に基づき、欧州委員会及び欧州裁判所は、公共企業(その多くは政府規制によって独占企業とされることが多い)に対し、加盟国が特別な権利・特権を与えている場合、このような公共企業に対する権利・特権の付与が競争への歪曲効果を生じたか否かについて審査する権限を有する。また、同 108 条に基づき、欧州委員会及び欧州裁判所は加盟国の補助金が競争への歪曲効果を生じないかについても審査する権限を有する。

²⁰⁰ 欧州裁判所は、支配的な地位にある事業者は市場において競争を害することが許されない特別の責任を負うとの見方をしているとされる(See, Valentine Korah, “An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 9th ed.”, 129 (2009))。

²⁰¹ 参照 情報通信政策研究所「米国 FCC の接続ルールの変遷とそのインパクトに関する調査研究《報告書》」(総務省・2009 年)42 頁。なお、同報告書は「いわばカウボーイかジェントルマンかが米国と EU の競争観の違い」であると比喩的に表現する(その原典として 2005 年 6 月の司法省反トラスト局次長(当時)の J. Bruce McDonald による‘Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen’を題するスピーチを参照(<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/210873.pdf>))。

次に続く第二部では米国に比肩する経済圏である EU において、EU 競争法上の単独・直接の取引拒絶の位置付けと規制法理について検討することとする。

＜表 2. 米国における主要判例のタイプ属性＞

法域	事件 No.	判例	違法 /合法	Type
米国	1	Southern Photo 事件連邦最高裁判決(1927 年)	違法	B
	2	Otter Tail 事件連邦最高裁判決(1973 年)	違法	B
	3	MCI 事件連邦控訴裁判決(1983 年)	違法	Y
	4	Aspen 事件連邦最高裁判決(1985 年)	違法	A
	5	Trinko 事件連邦最高裁判決(2004 年)	合法	Y
	6	Covad 事件連邦控訴裁判決(2004 年)	合法	Y
	7	NYMEX 事件連邦地裁判決(2004 年)	合法	Y
	8	Nobody 事件連邦地裁判決(2004 年)	違法	B

※1 米国で検討した判例のうち、顧客に対して競争法上違法な行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が用いられた事案や、単独・間接の取引拒絶の事案はここでの検討の対象外とする。

＜表 3. 単独・直接の取引拒絶のタイプ別分類と違法性の判断要素＞

法域	Type	事件 No.	排除行為の違法認定に際して必要とされた事実
米国	A	4	・能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)競争者の排除 ・独占力の保有を背景とした排除効果
	B	1	・独占化の目的・意図
		2	・独占力の保有を背景とした排除効果
		8	・能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)競争者の排除 ・独占力の保有を背景とした排除効果
	X	-	-
	Y	3	・EF 理論の要件充足※2
		5	・能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)競争者の排除 ・独占力の保有を背景とした排除効果(効果の不当性)
		6	
		7	

※2 ここでの EF 理論の要件とは、MCI 事件連邦控訴裁判決において示された 4 要件であり、

- ①：独占者によって不可欠施設が支配されている
- ②：競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的である
- ③：競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶している
- ④：当該不可欠施設を共用することが可能である

《 第Ⅱ部：EUにおける単独・直接の取引拒絶規制 》

第6章 EUにおける市場支配的地位の濫用行為規制

EU¹における競争法規は、「欧州連合の機能に関する条約(Treaty on the Functioning of the European Union：TFEU(以下、「EU 機能条約」という))」²によって規定される”EU 競争法”³であり、その実体規定は 101 条と 102 条である。EU 機能条約 101 条(旧 EC 条約 81 条)は競争制限的目的または効果を有する事業者間の協定、事業者団体の決定、協調行為を規制する⁴。他方、同 102 条(旧 EC 条約 82 条)は市場支配的地位の濫用行為を禁止する⁵。

¹ 本稿において「EU」とは、1992 年 2 月に締結されたマーストリヒト条約(その後、1997 年 10 月のアムステルダム条約、2001 年 2 月のニース条約、そして 2007 年 12 月のリスボン条約による改正を経由)を基盤として現加盟 28 カ国を構成員とする超国家機関(supranational)としての欧州連合(the European Union: EU)を指す。なお、マーストリヒト条約は「EU 条約」或いは「欧州連合条約」とも称され、また、EU 条約およびそれに基づく実施措置等は総称して「EU 法」と表記され、本稿においてもこの用法に準ずる(参照 庄司克宏『EU 法 基礎編』(2008 年・岩波書店)2～3 頁)。

² EU における競争法規は条約改正の度毎に名称や条文番号が修正され、今日の EU 機能条約に規定されるに至る。1957 年 3 月に締結されたローマ条約は、欧州経済共同体(European Economic Community: EEC)の設立と、欧州原子力共同体(European Atomic Energy Community: EAEC or Euratom)の設立を定めたものであり、同条約は欧州経済共同体設立条約(EEC 条約)と、欧州原子力共同体設立条約(EAEC 条約)を内包する。このうち、EEC 条約は原加盟 6 カ国(フランス、西ドイツ、イタリア、オランダ、ベルギー、ルクセンブルク)が統一的な経済共同体(共同市場)を構築することを目的としたものであり、EEC 条約において競争に関する規則が規定された(85 条乃至 94 条)。その後、1992 年 2 月のマーストリヒト条約(EU 条約)により欧州経済共同体(EEC)の名称が欧州共同体(European Community: EC)に改められたのに伴い、条約名称も EC 条約となり、競争に関する規則も EEC 条約から EC 条約に承継され、さらに、1997 年 10 月のアムステルダム条約により条文番号の付け替えと一部条文の削除が行われ、競争に関する規則は EC 条約 81 条乃至 89 条にて規定される形となった。そして、2009 年 12 月のリスボン条約発効により、EC 条約が EU 条約および EU 機能条約に再編・統廃合された結果、競争に関する規則は EU 機能条約 101 条乃至 109 条に遷移し(競争に関する規則は条文番号のみの変更で内容に変更はない)、現在に至る(See, 'Information and Notices', OJ [2010] C83/01)。なお、EU 機能条約で規定される競争法規は 28 カ国に拡大した EU 条約加盟国間の通商行為に対して適用される。

³ 従来、多くの邦語文献等においては、EU における競争法規は EC 条約に基づく法システムであることから「EC 競争法」と表記されてきた(例えば、越智保見『日米欧 独占禁止法』(2005 年・商事法務)8 頁、金井貴嗣＝川濱昇ほか編著『独占禁止法〔第 2 版〕』(2006 年・弘文堂)2 頁)が、2009 年 12 月のリスボン条約発効に伴い、競争法規を基礎付ける各規定が EU 条約および EU 機能条約に移管されたことを受け、今後は「EU 競争法」と表記するのが適切であり、本稿においても「EU 競争法」と表記する。

⁴ よって、EU 機能条約 101 条は米国のシャーマン法 1 条に相当する規定である。EU 機能条約 101 条の条文は本章末尾を参照。

⁵ よって、EU 機能条約 102 条は米国のシャーマン法 2 条に相当する規定である。EU 機能条約 102 条の

本稿の主たるテーマである単独・直接の取引拒絶は、EU では 102 条該当性をめぐって争われる問題であり、単独事業者が市場支配的地位にあると認められ、且つ、直接的な取引拒絶が濫用行為として認定される場合には同条に基づき禁止される。

本章以下の第Ⅱ部で検討する EU は、未だ統一国家あるいは連邦国家ではなく「超国家的共同体」という人為的な政治結合体であり、ここで展開される EU 競争法はいわゆる経済効率性の達成や消費者利益の実現といった競争法一般の法目的を有するのみならず、市場統合の達成や共同市場の構築といった EU 固有の法目的をも有する特殊性がある。

そこで、EU における単独・直接の取引拒絶規制の具体的な検討に入る前に、EU の成立過程や機関・権限の在り方を概観することは、EU 競争法および EU 競争政策の特性とこれら法・政策が担うべき役割を明確化する上で有益であると思われ、以下ではそれらの概要について確認する。

第 1 節 EU の成立過程と EU 競争法の役割・位置付け

1-1. ユーロッパ統合前史

ヨーロッパ統合に向けて具体的な動きが試みられたのは第一次世界大戦後である。

この時期、後のヨーロッパ連合につながる理念や構想が数多く提起され、その嚆矢となったのが Friedrich Naumann である。Naumann は自身の著した『中欧論』において、ドイツ帝国とオーストリア＝ハンガリー帝国が中核となって共同体を形成し、周辺国を含む「中欧」に歴史的・文化的一体性を求めるとともに広域経済圏を編成することを提案した⁶。また、フランスの経済閣僚である Louis Loucheur は、国際カルテルによりヨーロッパの産業間を横断的に組織化し、ヨーロッパという枠組みによってアメリカに対抗することを提案した⁷。

そして、これらの共同体構想の中で最も影響を与えたとされるのが Coudenhove-Kalergi の提唱した「パン・ヨーロッパ構想」である⁸。その基本的概念は世界平和の確立とヨーロッパの再生であり、前者に関しては世界を国際連盟の傘下に置き、パン・アメリカ、ソビ

条文は本章末尾を参照。

⁶ 1915 年に刊行された Naumann の『中欧論』は、ドイツ主導の経済圏を核とする共同体であることから、後のナチスのヨーロッパ構想の先駆と見る向きもあるが、ユダヤ人の役割が高く評価されている点がナチス・ドイツと決定的に異なるとされる(参照 戸澤英典＝上原良子「ヨーロッパ統合の胎動」遠藤乾編『ヨーロッパ統合史』(名古屋大学出版会・2008 年)64～65 頁)。

⁷ とりわけ Loucheur はアルザス＝ロレーヌ地域を中心とした、石炭・鉄鋼生産における国際カルテル設立の試みを推奨した(参照 戸澤＝上原・前掲注 6, 66 頁)。

⁸ 1923 年刊行の著書『パン・ヨーロッパ』で Kalergi が示した構想である。なお、「パン(pan-)」の訳語としては「全…(all)」乃至「総…(universal)」が適当であると思われ、パン・ヨーロッパ(Pan-Europe)は「全欧州」と観念されよう。

エト・ユニオン、大英帝国、パン・アジア、パン・ヨーロッパの 5 大地域を構成員とする世界連邦を提案するものである⁹。他方、後者に関しては欧州各国が国民国家主義を放棄することによる欧州の統一を提案し、具体的には国境の廃止¹⁰、経済単位の拡大¹¹、民族的混合と文化的統合¹²等を提言するものであった。

しかしながら、Kalogri の主唱するヨーロッパ統合運動は現実的には当時まだ力量不足であり、欧州は第二次世界大戦という戦禍を再び経験することになる。

1-2. 「不戦共同体」の設立

過去 100 年の欧州の歴史は戦争の歴史であり、その最大の原因はドイツ・フランス国境付近のアルザス＝ロレーヌ地域に存在する石炭・鉄鉱石の地下資源の領有、および鉄鋼生産の支配を巡る争奪にあった。1950 年、フランスの計画庁長官 Jean Monnet は同地域における地下資源を国際共同管理の下に置き、欧州における戦争原因を永久に根絶する「不戦共同体」の構築を同国外務大臣の Robert Schuman に提案し、Schuman は自身の名を冠して「シューマン・プラン(Schuman Plan)」¹³としてドイツに呼びかけ、ドイツの首相 Konrad Adenauer がこれに応じるとともに、イタリアとベネルクス 3 国も同プランを歓迎

⁹ 当時、英国は未だ世界的勢力として権勢を誇っており、大陸欧州と切り離されたものと考えられていた(英国側においても同様の見方が一般的であった)ため、Kalogri は英国と欧州を区別する。また、彼の区分においては政治的観点から、社会主義国家としてイデオロギーを異にするソビエト連邦も欧州と区別された。さらに、彼の想定する世界連邦の構成地域としてアフリカが含まれていないが、Kalogri はパン・ヨーロッパがアフリカを支配することを当然のことと考えていた(参照 金丸輝男「付録 1 欧州統合の提唱者クーデンホーフ＝カレルギー」辰巳浅嗣編著『EU 欧州統合の現在(第二版)』(創元社・2009 年)258 頁)。

¹⁰ Kalogri は欧州および世界の戦争を防止し、恒久平和を樹立するにはドイツ・フランス間の対立を解消する必要があると考え、両国間の対立の最大の原因であるアルザス、ロレーヌ、ザール地域の石炭・鉄鉱石資源の専有問題を解消すべく国境線の廃止を唱えた。この彼の提案は、後に、フランス外相の Robert Schuman に受継がれ、シューマン・プラン(Schuman Plan)として具体化され、1951 年に欧州石炭鉄鋼共同体設立条約(Treaty of European Coal and Steel Community: ECSC)として結実する(参照 金丸・前掲注 9, 257 頁)。

¹¹ Kalogri は欧州の国家は小さすぎ、そのような国家的枠組みを前提に成立している経済単位では科学技術に裏打ちされた生産力に対応できないと考え、対照的に、米国が経済的に力をつけたのは、国が大きく、科学技術に支えられた生産力を活用し得る大市場を有しているからであり、欧州も米国のように大市場経済を樹立する必要があることを指摘する。彼のこの提案は、1957 年に欧州経済共同体設立条約(Treaty of European Economic Community: EEC)として結実する(参照 金丸・前掲注 9, 257 頁)。

¹² Kalogri は欧州における文化はギリシアのヘレニズムとキリスト教を共通の土台として有しつつも、どれも雑種であり、また、どの民族も十字軍の遠征以来、各民族の混血が進み、血の純粋性を誇ることはできないとし、文化や民族の混合と統合は歴史的に発展してきた事実であり、それらの純粋性を主張する根拠は無く、従って、それは欧州の統一を妨げる根拠ともならないとの考えを示す(参照 金丸・前掲注 9, 258 頁)。なお、彼のこの主張は、ドイツのナチス政権が掲げたアーリア民族優越主義と真つ向から対立するものであったためナチスによる迫害を受け、欧州各国を逃避行の末、米国への亡命を余儀なくされる。

¹³ その声明文は「もし、ヨーロッパの諸国が団結すべきだとするならば、数世紀にわたるフランスとドイツの間の敵対関係がまず解消されなければなるまい。我々の努力は手始めにこの両国を巡る問題にかからねばならないのである。(中略)フランス政府はここに、フランスとドイツの石炭及び鉄鋼の生産に関する全てを一つの共同最高機関の管轄下に置くことを提案する」というものであった(荒岡興太郎「EC の誕生」辰巳浅嗣編著『EU 欧州統合の現在』(創元社・2009 年)15～16 頁)。

し、1951 年 4 月にパリで「欧州石炭・鉄鋼共同体(European Coal and Steel Community: ECSC)」設立条約が署名され¹⁴、翌年 7 月に ECSC が発足した。これは「不戦共同体」という思想の下、国家を超えたレベルで、かつ国家の主権に関して影響力を行使し得る超国家的機関を創設することによりヨーロッパ統合を試みる政治的な「実験」であったと言える¹⁵。

さらに、1957 年 3 月には原子力の平和利用という観点から「欧州原子力共同体(European Atomic Energy Community: EAEC)」設立条約¹⁶が、また、産業生産物の域内貿易自由化という観点から「欧州経済共同体(European Economic Community: EEC)」設立条約¹⁷が原加盟 6 カ国間で調印されたことにより超国家的機関の基盤拡大が図られ、1965 年 4 月には ECSC、EAEC、および EEC の 3 共同体の行政機構が合併し¹⁸、「ヨーロッパ共同体(European Community: EC)」を設立する条約が調印され、1967 年 7 月に EC が成立。欧州が統合に向けて本格的に動き出した¹⁹。

1-3. EU への発展

¹⁴ ECSC 設立条約の前文には「古来の敵対に代えるに諸国の本質的利害関係の融合を以てし、経済共同体の設立により、多年血生臭い対立により離間していた諸国民の間に一層深い共同体の最初の礎石を据え、かつ将来の共通の運命を方向付けることの出来る制度の基礎を築く事を決意し、ヨーロッパ石炭鉄鋼共同体を創設することに決定した」とある(荒岡・前掲注 13, 16 頁)。

¹⁵ 共同体におけるガバナンスは、政策決定は共同体レベルで行い、その実施は加盟国の官僚機構や地方行政機関を使うという形で、超国家的な政策決定機構と、加盟国統治機構の混成組織として制度設計されたユニークな融合形態の政体の特徴とする。従来より、国際連合等の政府間国際機構(国家の存立を前提とした政府間協力機構)においては、決議事項の政策実行が加盟国において必ずしも担保できないのが限界として認識されており、共同体の超国家的な国際機構はこの限界を乗り越える試みとして捉えられる(福田耕治「EU・欧州統合過程と欧州統合理論」福田耕治編著『EU・欧州統合研究』(成文堂・2009 年)27 頁)。

¹⁶ 原子力の平和利用という理念とともに、現実的な問題として、原子力産業が極めて高度な科学的知識と巨額の費用を必要としたため、一国家の能力を超え、原子力産業を発達させるには欧州各国が共同して研究・開発する必要があったこと、および前年の 1956 年 10 月に産油地域で勃発したスエズ動乱が石油危機の到来を想像させ、原子力エネルギーが石油不足に対応する次代のエネルギーとして期待されたことも EAEC 創設の促進剤として作用したと考えられる(荒岡・前掲注 13, 20 頁)。

¹⁷ これに先立って 1955 年 6 月に開催されたメッシナ会議(Messina Conference)において「共同市場(Common Market)」の提案を 6 カ国政府(フランス・西ドイツ・イタリア・ベルギー・オランダ・ルクセンブルク)が合意したことが EEC 設立条約締結の礎となり、その中心的役割を果たしたのがベルギー外相の Paul-Henri Spaak である。Spaak は一貫してヨーロッパの統一を希求し、翌 56 年に彼が取りまとめた「スパーク報告書(Spaak Report)」において「欧州共同市場の目的は、強力な生産単位を組織し、絶えざる発展と生活水準の速やかな向上を可能にするとともに、加盟国間に調和の取れた諸関係を増大させるよう広範な共同経済政策圏を創設することにある」と謳われ、欧州の安定化を図る手段として共同市場を創設することが説かれている(荒岡・前掲注 13, 18 頁)。

¹⁸ 行政機構である理事会と委員会の二つの機関が再編・統合された。立法・政策決定機関として機能する理事会は、従来の ECSC 特別閣僚理事会、EEC 理事会、および EAEC 理事会が統合されて「EC 理事会(the Council of the European Communities)、あるいは理事会(the Council)とも言う」となり、法案の発議や共同体業務の執行機関として行政府の役割を担う委員会は、従来の ECSC 最高機関、EEC 委員会、および EAEC 委員会が統合されて「EC 委員会(the Commission of the European Communities)、あるいは欧州委員会(the European Commission)とも言う」となった。

¹⁹ EC 設立の翌 68 年 7 月には関税同盟を達成し、共通農業政策、共通通商政策、共通運輸政策などの面において経済統合を図りつつあった(小久保康之「欧州統合の歴史 EC から EU へ」島野卓爾ほか編著『EU 入門』(有斐閣・2006 年)146 頁)。

欧州の統合を加速させたのが、1985 年 1 月に欧州委員会(EC 委員会)の委員長に就任した Jacques Delors である。Delors は EC 域内における非関税障壁を撤廃し²⁰「人・モノ・資本・サービス」が自由に移動できる単一市場の形成に向けた具体的な立法スケジュールの作成に着手し、1986 年 2 月に調印された「単一欧州議定書(SEA : Single European Act)」において、EC 市場統合の完成年を 1992 年 12 月 31 日とする具体的な期限目標を掲げた。

また、1992 年 2 月に締結されたマーストリヒト条約(Maastricht Treaty)は EU 条約(Treaty on European Union)とも称され、これまで積み重ねられてきた超国家的性格を有する EC を第一の柱とし²¹、政府間協力の形で共通外交・安全保障政策を第二の柱²²、司法・内務協力を第三の柱²³とする「欧州連合(EU : European Union)」として統合の枠組みが整えられた²⁴。

マーストリヒト条約以降も、EU の拡大と深化に向けた動きは継続しており²⁵、現在直近の EU 政策は 2007 年 12 月に批准されたリスボン条約(発効は 2009 年 12 月)に基づき執行されている。

EU が今後どのような政治的枠組みとして定着し、その外縁がどこまで伸びてゆくのか予測することは困難であるが、欧州統合のダイナミズムは EU 諸国が平和と安定を求めて試行錯誤を繰り返しているところにその原点があることには留意する必要があるだろう。

1-4. EU の機関と権限配分

²⁰ EC は 1968 年に関税同盟を達成し、外形的な政策面では域内貿易の自由化が図られつつあった(参照 小久保・前掲注 19)が、いわゆる非関税障壁が各国間に張り巡らされており、具体的には、関税同盟の完成以降、加盟国が商品やサービスを様々な基準を用いて分類し、その基準や分類に基づいて、規制や課税において自国に有利になるように誘導する施策が実施され、実質的には EC 域内市場は分断されていた(橋口豊「デタントのなかの EC 1969-79 年 ハーグから新冷戦へ」遠藤乾編『ヨーロッパ統合史』(名古屋大学出版会・2008 年)231 頁)。

²¹ それまで EC と総称されてきた 3 共同体(ECSC, EEC, および EAEC)は、EU というより大きな枠組みの中に組み込まれるとともに、その中核である「欧州経済共同体(EEC : European Economic Community)」を「欧州共同体(EC : European Community)」へと名称変更し、条約名称も EC 条約となった(参照 前掲注 2)。なお、ECSC は 50 年間の時限立法であり 2002 年 7 月に姿を消し EC に吸収された。

²² この背景には 1989 年から 91 年にかけての国際情勢の激変がある。すなわち、冷戦の終結、東欧諸国の一連の革命、東西ドイツの統合、そしてソ連の崩壊である。とりわけ、ドイツの統合は周辺諸国に大国化の懸念を想起させ、再びドイツが暴走しないよう、ドイツを EU(軍事的には NATO)に留めておくことの必要性が周辺諸国から主張されたことによる(荒岡・前掲注 13, 28 頁)。

²³ 裁判における判決の域内での執行の協力や、出入国政策、特に難民対策やビザ政策、テロリズム対策などにおける協力を指す(荒岡・前掲注 13, 29 頁)。

²⁴ とりわけ、第一の柱である EC において、単一通貨ユーロの導入が政策課題として掲げられ、1999 年 1 月に EU 加盟 11 カ国(オーストリア、ベルギー、フィンランド、フランス、ドイツ、アイルランド、イタリア、ルクセンブルク、オランダ、ポルトガル、およびスペイン)においてユーロを銀行計算単位として導入し、2002 年 1 月にギリシアを加えた加盟 12 カ国でユーロの紙幣やコインの流通が開始された。

²⁵ 1997 年 10 月署名のアムステルダム条約では EU レベルでの民主主義体制の強化が図られ、欧州議会の権限強化、理事会の特定多数決(従来は全会一致)による政策決定の効率化、政策決定過程の情報公開と共同決定手続の簡素化による透明性の向上などが合意された。また、2001 年 2 月署名のニース条約では EU の機構改革が図られ、中東欧諸国の加盟により EU が拡大することに備え、欧州委員会の規模と構成の見直し、理事会の加重票数および特定多数決の見直し、欧州議会の議席数の見直しなどが行われた(荒岡・前掲注 13, 36~39 頁)。

EU は超国家的統合を目指す共同体であるが、現時点では統一国家または連邦国家ではなく、三権分立制に基づいた権限配分が為されていない(司法・立法・行政の機能が単一で存在しない)。EU では各機関が相互に抑制し均衡する緊張関係の中で民主主義に則した意思決定が図られている。

< 欧州理事会 : the European Council >

欧州理事会は加盟国首脳及び欧州委員会委員長によって構成される EU の政治的最高意思決定機関である。少なくとも年 2 回(6 月および 12 月)開催され²⁶、EU の発展のために必要な原動力を与え、EU の一般的な政策指針を定める²⁷。

< 理事会 : the Council >

理事会は、閣僚理事会(the Council of Ministers)とも呼ばれ、EU 各分野の立法および政策決定を行う中心的機関である²⁸。単一の編成で存在するのではなく、例えば、経済・財政理事会や農業理事会などのように分野毎に理事会が存在する。理事会は加盟国の国益の調整の場でもあるため、構成員は「各加盟国を代表する権限を与えられた閣僚級の代表」により構成される(EU 条約 16 条 2 項)。

< 欧州委員会 : the European Commission >

欧州委員会は、EU の行政・執行機関として加盟国から独立した超国家性の強い機関である。欧州委員会は加盟国の利益と異なる EU 自体の利益を代表し²⁹、EU の政策目的を達成するために統合の執行役を務めることが期待され³⁰、命令・規則など個々の EU 立法を提案

²⁶ 開催場所は、通常、議長国内にある都市であり、例えばドイツが議長国のときにベルリンで開催された場合にはベルリン欧州理事会と呼称される(庄司・前掲注 1, 27 頁)。

²⁷ 表決手続は投票ではなく基本的にコンセンサスにより政治的合意が諮られ、欧州理事会が開催された後、「議長総括(Presidency Conclusions)」という文書で公表される(庄司・前掲注 1, 28 頁)。

²⁸ EU には単一の立法機関が存在せず、決定過程に関与する各機関相互の協力によって法形成が為される。一般に、EU 立法は欧州委員会による法案の作成に始まり、欧州委員会が採択した法案は理事会と欧州議会に送付され、必要な修正を行った後、最終的に理事会が全会一致ないし特定多数決により法案を採択し立法過程は終了する(須網隆夫＝黒神聰「EU の機関と立法手続」島野卓爾編著『EU 入門』(有斐閣・2006 年)25～26 頁)。なお、従来は最終的な決定主体は常に理事会であったが、条約の改正を経由して欧州議会の立法権限が強化され、欧州議会の拒否権により法案を廃案とする手続や、欧州議会と理事会とが共同して草案を作成・採択する手続が用意されている(後述)。また、欧州理事会は立法過程から排除されており、その権限は政治的レベルの方針決定に止まる(福田耕治「EU・欧州ガバナンスと政策過程の民主化」福田耕治編『EU・欧州統合研究』(成文堂・2009 年)105 頁)。

²⁹ 欧州委員会の各委員は、任務遂行に際して加盟国から完全に独立している。すなわち、委員は、加盟国政府・その他機関から指示を受けてはならず、また加盟国も委員に影響を行使してはならない(EU 機能条約 245 条)。

³⁰ EU の三本柱のうち、超国家的性格の強い第一の柱(EC 分野)において、欧州委員会の権限は最も強力である。欧州委員会は行政執行機関として EU 条約の規定及び制定された EU 立法を自ら適用するとともに、EU 法の適切な運用を保証する。例えば、競争法の分野では欧州委員会は EU 法上の義務に違反した加盟国に対する訴訟を欧州司法裁判所に提起することができる(EU 機能条約 258 条)。これに対し、政府間協力的性格の強い第二の柱(共通外交・安全保障政策分野)・第三の柱(司法・内務協力分野)においては

するだけでなく³¹、重要な政策について欧州委員会より発議する権限も有する。

なお、本稿との関係で重要なのは欧州委員会の競争政策への関与である。欧州委員会の委員(27名、任期は5年)のうち、1名が競争政策を担当している³²。競争政策担当の委員の指揮下に競争総局(DGC: Directorate-General for Competition)が設けられており³³、競争総局の中には局(Directorate)が置かれ競争法執行実務を遂行している³⁴。

< 欧州議会: the European Parliament >

欧州議会の議員は直接普通選挙によって選出され(EU 条約 14 条 3 項)、議員の選挙権・被選挙権は、全ての加盟国国民に与えられている。

欧州議会の前身は欧州石炭鉄鋼共同体(ECSC)における「共同総会(Common Assembly)」であり、その役割は共同体執行機関に対して見解を表明する牽制的役割・諮問的役割に限定され³⁵、立法機関としての機能と権限を具備していなかったが、1987 年の単一欧州議定書の発効により「欧州議会」という名称を正式に授かるとともに立法過程へ関与する機能と権限を与えられ³⁶、以降、条約が改正される度毎に「議会」としての権限が強化されてきた³⁷。とりわけ、1993 年に発効したマーストリヒト条約において導入された「共同決定手

欧州委員会の役割と権限は限定的である(須網＝黒神・前掲注 28, 13～15 頁)。

³¹ 欧州委員会は EU 立法案を作成・提出することにより、理事会・議会とともに立法過程に参加するだけでなく、立法権限を与えられている場合には自ら立法を行い(EU 条約 17 条 1 項、EU 機能条約 45 条 3 項 d 号、同 106 条 3 項)、特に競争政策と農業政策の分野で立法権限の行使に意欲的である(須網＝黒神・前掲注 28, 15 頁)。

³² 現在の競争政策担当委員は 2010 年 2 月に就任した Joaquin Almunia である。

³³ 欧州委員会は 38 の総局を有し、競争政策は第 4 総局(競争総局)が担い、第 4 総局長(競争総局長)は Alexander Italianer である。

³⁴ 実務部隊としては A 局から H 局の 8 局が存在する。A 局は政策・戦略を担い、B～F 局は各産業を担当し、G 局はカルテル、H 局は執行や加盟国支援を担う(経営法友会『欧米競争法ガイドブック』(商事法務・2009 年)7～8 頁)。

³⁵ また、当時の ECSC における共同総会の議員の任期が 1 年であったのに対し、執行機関の任期は 6 年であった。このことは ECSC において石炭・鉄鋼分野の管理・行政を機動的・能動的に遂行することが最重要視されていたことを示唆するものであり、行政優位のエリート主義的な共同体運営の思想を反映したものであるとの指摘がある(児玉昌己「欧州議会」辰巳浅嗣編著『EU 欧州統合の現在〔第 2 版〕』(創元社・2009 年)69 頁)。

³⁶ 単一欧州議定書において、欧州議会は「同意手続(assent procedure)」と「協力手続(cooperation procedure)」により立法過程への参画を実現した。すなわち、同意手続の下では法案は理事会から欧州議会に付託され、議会の賛同無しに法案を成立させることはできず、議会は同意手続において拒否権を獲得した。他方、協力手続の下では最終的な決定権は理事会にあるが、議会は積極的に意見を提示し、修正案を提出することにより法案形成に関与することを実現した(日野愛郎「欧州議会の機能と構造－立法・選挙・政党」福田耕治編著『EU・欧州統合研究』(成文堂・2009 年)125～127 頁)。なお、同意手続は 2009 年のリスボン条約においてその名称が「承諾手続(consent procedure)」に改称され、協力手続は 1999 年のアムステルダム条約以降、「共同決定手続(co-decision procedure)」に受継がれ、その適用は限定的なものとなり、リスボン条約で全面的に廃止となった。

³⁷ 「権限の強化」には二つの方向性が認められる。一つは既存の権限の範囲の拡大であり、もう一つは新たな権限の付与である。前者に関しては、例えば同意手続の適用は、単一欧州議定書調印当初は、第三国との協定締結や新規加盟国の承認などの例外的な分野に限られていたが、その後、マーストリヒト条約、アムステルダム条約において漸次的に拡大され、基本的人権の違反に対する制裁、議会議員の統一選挙手続の規定、欧州中央銀行制度定款の修正等に適用範囲が及ぶようになった。他方、後者に関しては、マーストリヒト条約において「共同決定手続(co-decision procedure)」が導入され、議会の立法機関としての権限が強化された(後述)(日野・前掲注 36, 126～129 頁)。

続(co-decision procedure)(現行のリスボン条約では「通常立法手続(ordinary legislative procedure)に改称」)では、議会と理事会とが共同草案を作成・採択することにより法案を成立させる立法過程が用意され³⁸、議会と理事会とが同等の立法機関として位置付けられた³⁹。

<司法裁判所：the Court of Justice>

EU法が定める法秩序の最大の特徴は加盟国の国内法よりも上位にあるEU法の優越性にある。司法裁判所の決定は28加盟国の最高裁判所よりもさらに上位にあり、常に加盟国の国内法は地方の法令のような立場となる。EU法は、加盟国政府、法人、自然人に対して「直接拘束力」があり、EUは28加盟国の政府、法人、一般市民を拘束することが出来る法規範を定立することが可能であり、この仕組みにより国境を越えた統一的な法秩序が維持される⁴⁰。

他方、EUは二審制であり、EU条約の適用および解釈に関して、一般裁判所(the General Court：GC(リスボン条約発効前の旧名称は第一審裁判所(the Court of First Instance：CFI)であり本稿以下では新旧双方の名称を時期的背景に応じて適宜使用する))が事実審を行い、法律問題についてのみ上級の欧州司法裁判所(the Court of Justice of the European Communities：ECJ)への控訴が可能である。

なお、EUにおける法秩序の整合性を確保するために、「先決的判決訴訟」が行われる(EU機能条約267条)。これは加盟国の国内裁判所における訴訟においてEU法上の問題が提起され、その問題が判決の前に解決される必要がある場合、国内裁判所は一旦審理を停止して、当該問題を司法裁判所に付託し、司法裁判所から先決判決を得る手続である(国内裁判所は先決判決に拘束される)⁴¹。

1－5．EUにおける競争政策

³⁸ 理事会が議会の修正案に賛成できない場合、理事会議長と議会議長の合意により、理事会と議会の双方から同数の代表者を選出して調停委員会を構成・招集し、召集後6週間以内に共同草案を作成しなければならないというものであり、共同草案が、議会の投票総数の過半数、理事会の特定多数によって採択されると法案が成立する(日野・前掲注36, 128～129頁)。

³⁹ なお、立法発議権(法案提出権)は欧州委員会の専権事項であり、欧州議会に立法発議権が付与されていない点に鑑みれば、欧州議会の立法機関としての機能・権限は依然として不完備であるとされる(日野・前掲注36, 125頁)。

⁴⁰ 競争法も例外ではなく、EU機能条約にて規定されるEU競争法は、各加盟国の国内競争法よりも上位にあり、域内の加盟国間商取引において反競争的な行為が認められる場合、当該行為に対する法適用はEU競争法が優先する(See, Richard Whish, “Competition Law 6th ed.”, 75 (2009), [hereinafter, ‘Whish’])。この点に関する先例的な判決はWalt Wilhelm事件であり、同判決で欧州司法裁判所は共同体法と加盟国内法との間でカルテルに対する法規に矛盾がある場合、共同体法の適用が優先すると判示した(See, Case 14/68 Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt [1969] ECR 1)。

⁴¹ この先決的判決訴訟制度により、欧州司法裁判所と国内裁判所は緊密に結ばれ、EU法の統一的な解釈および運用が促進されることで事実上加盟国共通の法形成が次第に図られ、EU法秩序の法的安定性を確保することに寄与している(須網＝黒神・前掲注28, 41頁)。

一般に、競争法の目的は経済効率性の達成・促進、および消費者利益の実現であり、EU における競争法および競争政策もそれを追求していることに変わりはない⁴²。

しかし、EU はその前身である共同体(EC およびその前身である EEC)の設立当初から、市場統合の達成を設立条約の目的として掲げ、旧 EC 条約 2 条は「共同市場(common market)の構築」を同条約の目的として規定し、その目的を達成する手段として、旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号は「域内市場において競争が歪められることのないシステム(a system ensuring that competition in the internal market is not distorted;)」⁴³を確立することを表明し、同条同項同号が EU における競争政策上の基本規定として定位されてきた⁴⁴。

この立場は旧 EC 条約が現 EU 条約および現 EU 機能条約に再編・統廃合された現在でも維持されており、EU 条約 3 条 3 項は「高度に競争的な社会的市場経済(a highly competitive social market economy)」を実現することにより、「域内市場(an internal market)」を設立することを条約の目的として掲げ⁴⁵、また、EU 機能条約 3 条 1 項 b 号は「域内市場の運営に必要な競争法規を確立すること(the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market)」を宣言する⁴⁶。

そしてこれら条文に基づき、域内市場における競争を確保するルールとして EU 機能条約 101 条から 109 条が規定され、とりわけ、同 101 条および 102 条が実体規定として重要な役割を担う⁴⁷。

従って、個別の事案の審査においては、市場統合の達成・維持という EU 固有の目的を根拠とした審査・判断が行われており、例えば、加盟国間での商品並行輸入阻害行為は⁴⁸、

⁴² 欧州委員会・競争政策担当委員の Neelie Kroes(当時)は 2005 年 9 月のスピーチで「今日、消費者利益は欧州委員会がカルテル・独占化に関する条約侵害事案や企業結合事案を審査する上で確立された基準である。我々の目的は明快であり、消費者利益を増大し、資源の効率的配分を確保するための手段として、市場における競争を保護することである」と述べ、消費者利益の実現と経済効率性の達成が EU における競争政策の目的であることを表明している(SPEECH/05/512 of 15 September 2005, available at www.ec.europa.eu)。

⁴³ See, Sir Christopher Bellamy and Graham Child, “Materials on European Community Law of Competition”, 21 (2008), [hereinafter, ‘Bellamy & Child Materials 2008’].

⁴⁴ 欧州司法裁判所は共同体における競争政策が旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号に基づくものであることを繰り返し述べている(See, Case 6/72, Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission [1973] ECR 215 para. 23; see also, e.g., Case 6/73, 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v. Commission [1974] ECR 223, para. 32, [hereinafter, ‘Commercial Solvents’]).

⁴⁵ EU 条約 3 条 3 項(部分抜粋)については本章末尾の条文参照。

⁴⁶ EU 機能条約 3 条 1 項については本章末尾の条文を参照。

⁴⁷ EU 機能条約 101 条および 102 条については本章末尾の条文参照。なお、103 条は理事会に対して 101 条・102 条に関する規則・命令の制定・発効権限を授与し、104 条および 105 条は 103 条に基づき理事会が規則・命令を制定・発効するまでの経過規定であり、106 条は公共事業体に対する競争歪曲的行為の規制を規定し、107 条乃至 109 条は加盟国が補助金により競争を歪曲することを規制する(See, Bellamy & Child Materials 2008, supra note 43, at 17-20)。

⁴⁸ 典型的にはテリトリ制のような非価格格・垂直的制限行為である。EU 設立の基本目的は欧州各国間の自由取引への障害を取り除くことであり、他方、欧州委員会は非価格格・垂直的制限行為がこの目的の実現を妨げる要因であると捉え、統合推進政策の一環として非価格格・垂直的制限行為に競争法(EU 機能条約 101 条)を適用している(滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策[第 3 版]』(青林書院・2006 年)323～324 頁)。なお、対照的に米国ではメーカーの流通決定権を一定程度尊重し、非価格格・垂直的制限行為へのシャーマン法 1 条による介入に慎重である(滝川、同 315 頁)。

それが共同体を国境で分割する目的や効果を持ち、市場統合に反する限り違法であり、例外的にも許容されないという形で厳格に禁止されてきた⁴⁹。

このように、EUにおける競争法は、経済効率性の向上や消費者利益の実現といった一般的な目的に加え、市場統合の達成・維持という固有の目的をも有しており、かつ後者の目的により大きな重心が置かれることを特徴とし、EUにおける競争政策は市場統合の達成・維持に向けて機能することが第一義的に要請されているものと解される⁵⁰。

なお、近時は経済効率性の向上や消費者利益の増大を EU 競争法の直接の目的として定位することについて議論が高まっており⁵¹、その動向には注視する必要がある。

1-6. オルドー自由主義的競争観

EU 競争法においては「有効競争(effective competition / workable competition)」という概念が“あるべき競争状態”として観念され、従来より判例等において「有効な競争を妨げる力(the power to hinder effective competition)」を支配的地位と捉え⁵²、或いは、「有効な競争構造を害する(impairing the effective competitive structure)」行為を濫用と捉える立場が採られてきた⁵³。この有効競争という概念は、効率性のみに依拠して競争状態を規律するのではなく、競争者間の自律性や競争構造の維持をも法目的として包摂する立場であり⁵⁴、ドイツのオルドー自由主義(Ordoliberalisms)⁵⁵に理論的基礎を置くものである⁵⁶。

オルドー自由主義とは、1930年代から1940年代にかけて Walter EuckenやFranz Böhmといったドイツのフライブルク・スクール(Freiburger Schule)の経済学者/法学者によって形成された経済制度理論の基底概念であり⁵⁷、競争を重視し経済的自由を標榜しつつ、私的

⁴⁹ 例えば、Volkswagen 事件では Volkswagen 社がイタリアからドイツおよびオーストリアへ自社製の自動車輸出することを妨げたことが違法とされ1億200万ユーロの制裁金が課され(Volkswagen, [1998] 5 CMLR 33)、Nintendo 事件では Nintendo が英国からオランダおよびドイツへ自社のゲーム機等を輸出することを妨げたことが違法とされ1億6800万ユーロの制裁金が課された(Nintendo Commission Decision of 30 October 2002, OJ [2003] L 255/33)。

⁵⁰ Jones らは「単一の市場統合に向けた手段としての競争政策の役割は、EC 競争法を理解するうえで極めて重要である。そしてこのことは、EC 競争法を、加盟国や米国およびその他各国における国内競争法とは異なったものにしている」と評する(Alison Jones and Brenda Sufrin, “EC Competition Law 2nd ed.”, 36 (2004))。

⁵¹ 議論の端緒を開いたのが2005年に欧州委員会より公表された82条ディスカッション・ペーパーである(See, ‘DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses’, December 2005, [hereinafter, ‘Article 82 DP’])。

⁵² See, Case 27/76, United Brands v. Commission [1978] ECR 207, para. 36, [hereinafter, ‘United Brands’]。

⁵³ See, Commercial Solvents, supra note 44, para. 32.

⁵⁴ See, Valentine Korah, “An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 9th ed.”, 103 (2009), [hereinafter ‘Korah’]。

⁵⁵ オルドー(Ordo)はラテン語で「秩序」を意味し、「オルドー自由主義(Ordoliberalisms)」は後述のフライブルク・スクールの経済/法学者が編纂した機関紙の名称(雑誌 Ordo)に由来する(See, David J. Gerber, “Law and Competition in Twentieth Century Europe”, 236 n19 (2003), [hereinafter, ‘Gerber’])。

⁵⁶ オルドー自由主義は単なる経済理論ではなく純粋なる政治・経済哲学であるとされる(See, Alison Jones and Brenda Sufrin, “EU Competition Law 4th ed.”, 35 (2011))。

⁵⁷ よって、オルドー自由主義に基づく経済制度理論を唱える論者は「フライブルク学派」と称される(Pinar

な経済力の濫用から社会を守るべく、国家は私的な経済集団の影響力に対抗し得る十分な強さを持つ必要があるとする考え方⁵⁸、或いは、自由放任経済とは区別された自由経済主義を観念し社会的文脈の観点から法と政治のシステムに組み込まれた経済を志向する立場⁵⁹である。またこの概念は、いわゆる「社会的市場経済(Soziale Marktwirtschaft)」という経済政策/競争政策の理念へと発展し、ドイツのみならず EU の政策理念として結実する⁶⁰⁶¹。

ここで「社会的市場経済」という政策理念の下では国家による干渉は容認すべきものとされ⁶²、従って、「社会的市場経済」に基づく EU 競争政策は、競争秩序を確立する目的の下、国家や規制当局が介入することを予定するものであり、干渉主義的・介入主義的性格を有する⁶³。

近時の EU 競争政策においては、経済効率性の増大や消費者厚生の実現といった米国的な競争観が意識され、そのウエイトが高まりつつあるように見受けられるが⁶⁴、前述のように、EU 条約 3 条 3 項は「高度に競争的な社会的市場経済」を実現することにより域内市場を確立することを目的として掲げ、同条に基づき EU 機能条約の競争法規が規定されている点に鑑みれば、オールド自由主義的競争観はなお依然として EU 競争法に通底する基本理念であることが認められ⁶⁵、欧州競争当局が積極的かつ意欲的に法運用を行うよう求められている状況にあることをうかがわせる。

また、予てより EU 機能条約 102 条に基づく市場支配的地位の濫用規制において、欧州の裁判所や競争当局は市場で支配的地位を有する事業者に対して「競争を歪曲しないよう

Akman, “The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches”, 55 (2012)).

⁵⁸ See, Gerber, *supra* note 55, at 240.

⁵⁹ *Id.* at 237.

⁶⁰ 「社会的市場経済」の提唱者は Alfred Müller-Armack であり、その理念はオールド自由主義を源流とし、経済制度の下で法の支配によって競争過程を保護するというものである(*Id.* at 259)。また、「社会的市場経済」はドイツ連邦共和国(旧西ドイツ)のキリスト教民主同盟(Christlich-Demokratische Union Deutschlands : CDU)が政党の政策理念として掲げ、その政策理念の実現はドイツ統一後の今日においてもなお希求されている(*Id.* at 259-260)。

⁶¹ 前述の通り、EU 条約 3 条 3 項は「高度に競争的な社会的市場経済」の実現を掲げる。

⁶² カルテルを禁止し、経済力の濫用を規制し、経済力の過度の集中を抑止する等、牽制機能として国家の介入が必要とされる(*Id.* at 271)。

⁶³ 欧州委員会の初代委員長である Walter Hallstein や初代競争政策担当委員である Hans von der Groeben はオールド自由主義の支持者であり、オールド自由主義(ひいては社会的市場経済)の競争観(干渉主義・介入主義)が共同体の政策に反映されたことを推認させる(*Id.* at 263-264)。

⁶⁴ 例えば、EU 競争総局の 82 条ディスカッション・ペーパーでは、「82 条の目的は、資源の効果的な配分を確保し、消費者厚生を増大するための手段として、市場における競争を保護することである(the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources)」と述べられている(See, Article 82 DP, *supra* note 51, para. 4)。

⁶⁵ 現在の欧州委員会の競争政策担当委員である Joaquin Almunia は職務に関する声明において「私は、我々の社会的市場経済を強化する手段として、また、効率性と公平性を高める手段として競争政策を位置付ける」と述べており、社会的市場経済の理念(および、その源流にあたるオールド自由主義)が今日の EU 競争政策の遂行に際して意識されていることをうかがわせる(J Almunia, Mandate Statement, available at: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/almunia/about/mandate/index_en.htm)。

『特別の責任(special responsibility)』を負う」ことを求め⁶⁶、当該支配的事業者の行為を広く濫用行為として捕捉することに意欲的であり、その反射的效果として、支配的事業者の競争者である中小事業者ないし非効率な事業者が保護される状況を招来することに寛容である⁶⁷。

そして、このように EU の競争当局が市場へ積極的に介入することを厭わず、競争者保護的な姿勢を示してきたことから EU 競争法を「競争よりも競争者を保護するため(to protect competitors rather than competition)」の法規範として捉えられてきたと解する立場⁶⁸があり、競争法規に対するこのような見方は、米国反トラスト法を「競争者ではなく競争を保護すべく制定された」と解する立場⁶⁹との比較において、EU 競争法の執行方針の一つの特徴を端的に示すものといえよう⁷⁰。

なお、米国の競争政策が、市場における競争原理に信頼を置き、競争促進的な行為を違法と認定してしまう誤り(すなわち、積極過誤(false positive))に起因する過剰規制が経済厚生を低減させてしまうことを懸念する立場から、競争当局による市場への介入に極めて消極的な姿勢を示すのに対し⁷¹、EU の競争政策は、市場における競争を有効に機能させるには、反競争的な行為を違法と認定しない誤り(すなわち、消極過誤(false negative))に起因する過小規制が経済厚生を低減させてしまうことを懸念する立場から、競争当局による市場への介入に積極的な姿勢を示す。経済厚生維持・向上を希求する点で両者は一致するが、その実現に向けたアプローチにおいて両者の基本スタンスは逆の位相をとることに留意する必要がある。

⁶⁶ See, Case 322/81 Michelin v. Commission [1983] ECR 3461, para. 57, [hereinafter, 'Michelin'].

⁶⁷ オルドー自由主義的競争観において、中小規模事業者は、たとえ効率性に劣る事業者であっても有効な競争状態を維持する上で保護すべき対象であり、この思想は EC においても継受され、域内市場統合・参入障壁撤廃の必要から中小規模事業者の保護が意識されるとする(See, Korah, supra note 54, at 103-104)。

⁶⁸ See, Whish, supra note 40, at 191.

⁶⁹ See, Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 320(1962).

⁷⁰ 近年の EU における代表的な市場支配的地位の濫用事件として Microsoft 事件があるが、欧州委員会は Microsoft 社がその市場支配的な地位を濫用して違法な抱き合わせ行為と互換性情報拒絶を行ったとする決定を下し(Commission Decision of 24 March 2004, relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty, Case COMP/C-3/37.792. Microsoft)、第一審裁判所も欧州委員会の決定を支持した(Case T-201/04 Microsoft v. Commission [2007] ECR II-3601)。この決定・判決に対して米国司法省反トラスト局長(当時)の Thomas O. Barnett は「合衆国においては、反トラスト法は消費者を擁護するために競争者ではなく競争を保護すべく執行される(In the United States, the antitrust laws are enforced to protect consumers by protecting competition, not competitors)」とのコメントを出し、欧州競争当局と裁判所による競争者保護的な判断を批判するとともに欧州と米国とで競争法規に対する見方に違いがあることを浮き彫りにした(See, The Press Release of 17 September 2007, available at http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm)。

⁷¹ 例えば、近時の Trinko 事件連邦最高裁判決(Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398(2004))や司法省反トラスト局の「競争と独占: シャーマン法 2 条における単独行為」と題するレポート(U.S. Department of Justice, 'Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act')は裁判所や規制当局が市場に介入することに慎重であるべきとの立場を示す(参照 本稿 第 5 章 第 1 節および第 3 節)。

第2節 EU 機能条約 102 条

EU 競争法の実体規定である 101 条と 102 条のうち、本稿の主たるテーマである「単独・直接の取引拒絶」は 102 条が禁止する「市場支配的地位の濫用行為」への該当性を巡って争われる。すなわち、単独の事業者が市場における支配的事業者であると認められ、且つ、直接的な取引拒絶が濫用行為と認定される場合には 102 条に基づき違法と判断される。

よって、102 条違反として単独・直接の取引拒絶を扱うには、まず 102 条で観念される「市場」、「支配的地位」、および「濫用行為」とはいかなる概念なのかについて明確化する必要があり、以下にそれぞれ検討する。

2-1. 市場の画定

関連市場(relevant market)を画定するには二つの市場が考慮される。製品市場(product market)と地理的市場(geographic market)である。

欧州委員会の「共同体競争法における関連市場画定に関する委員会告示」⁷²(以下、「市場画定ガイドライン」という)では、製品市場について「製品市場とは、製品等の特性、価格、およびそれらの用途によって、消費者が交換可能もしくは代替可能とみなす全ての製品・サービスから成る」と定義され⁷³、地理的市場については「地理的市場とは、当該事業者が製品もしくはサービスの供給および需要に関連する地理的範囲であり、競争条件が十分に均質的であって、隣接する地域とはその競争条件が相当程度に異なっていることによって区別される範囲を意味する」と定義される⁷⁴。

また、市場画定ガイドラインでは、製品市場・地理的市場の画定において、需要の代替可能性(demand-side substitutability)、および供給の代替可能性(supply-side substitutability)が検討されるとしている。

まず、需要の代替可能性においては、米国反トラスト当局の水平合併ガイドライン⁷⁵で示された SSNIP 基準による市場画定方法が採用されている⁷⁶。すなわち、「小さいが有意であり一時的ではない程度の価格引上げ(a Small but Significant Non-transitory Increase in Price)」に対し、予想される顧客の反応によって代替可能性を測るアプローチが採られている⁷⁷。

⁷² See, 'Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the purposes of Community Competition Law', OJ [1997] C 372/5, [hereinafter, 'Notice 1997'].

⁷³ See, Notice 1997, supra note 72, para. 7.

⁷⁴ Id., para. 8.

⁷⁵ U. S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 'Horizontal Merger Guidelines', (1992. Revised 1997, 2010).

⁷⁶ See, Notice 1997, supra note 72, para. 17.

⁷⁷ 通常は 5%~10%程度の価格引上げを想定し、その値上げによる利益を失わせるだけの数の顧客が他の商品(隣接商品)/地域(隣接地域)に切り替えれば、その商品/地域も関連市場に加え同様のテストを行い、隣接商品/隣接地域への切り替えが生じなくなった時点で関連市場が画定される(参照 本稿 第1章 第1節 1-2-1. および 1-2-2.)。なお、EU の市場画定ガイドラインが参照しているのは米国の 1997

次いで、供給の代替可能性については、他の供給者による「迅速かつ効果的な(in terms of effectiveness and immediacy)生産・販売の切り替え」が可能な場合に代替性を認め市場の範囲を画定するアプローチが採られている⁷⁸。

このように、市場画定のアプローチは米国競争当局の手法に準じた形で行われており、「市場」の捉え方が米国と EU で近接したものであることがうかがえる⁷⁹⁸⁰。他方、以下に検討する支配的地位の認定については米国よりも厳格であり、EU の競争政策上の特性ないし独自性が顕著に表れている。

2-2. 支配的地位の認定

欧州司法裁判所によれば支配的地位(dominant position)にある事業者は、共同市場において競争を歪曲しないよう「特別の責任(special responsibility)」を負うとされる⁸¹。他方、単に事業者が支配的地位にあることそれ自体は 102 条に違反するものではなく⁸²、また、支配的地位にない事業者の行為は 102 条上の問題を生起しない⁸³との立場が採られている。

ここで、102 条にいう「支配的地位」とは United Brands 事件における欧州司法裁判所の判示によれば「事業者によって享受される経済的力を伴った地位であり、競争者、顧客、および最終消費者から相当程度独立して行動し得る十分な力により、関連市場における有効な競争を妨げることを可能にするような地位(傍点筆者)」と定義される⁸⁴⁸⁵。この定義には二つの要素が含まれており、一つは「競争圧力から独立して自由に行動する能力」であ

年水平合併ガイドラインであるが、その後、米国の水平合併ガイドラインは 2010 年に改定され、SSNIP に関し、価格引上げ率の 5%基準は維持されているものの、期間についての記述(従来は「予見可能な将来(the foreseeable future)」とされていた)がなくなった。

⁷⁸ 「迅速かつ効果的な生産・販売の切り替え」の意味合いとしては、「他の供給者が、少額かつ一時的ではない価格の引上げに反応して、有意な追加コストやリスクを負うことなく、製品を関連製品に転換し、市場で販売すること」と説明され(See, Notice 1997, supra note 72, para. 20)、市場価格上昇に対応して、事業者が大きなコストとリスク負担無しに短期間でその製品/地域に生産・販売を転換できる場合に、その事業者を市場に含めるものである。

⁷⁹ 日本の公正取引委員会も 2004 年の「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」(公取委・平成 16 年 5 月 31 日)において、米国・EU 同様、SSNIP 基準を採用しており、市場画定の概念は国際的な調和が図られつつあると言えよう。

⁸⁰ なお、市場画定ガイドラインが公表・運用される以前の EU においては、市場を比較的狭く捉える傾向にあったことが指摘される(正田彬『EC 独占禁止法』(三省堂・1996 年)194 頁)。例えば、新鮮な果物の市場からバナナの市場を独立した市場と捉えた United Brands 事件判決(See, United Brands, supra note 52)や、ビタミン剤を個々の種類毎に市場画定した Hoffmann-La Roche 事件判決(Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission [1979] ECR 461, [hereinafter, 'Hoffmann-La Roche'].)、乗用車のタイヤをトラック、バスのタイヤと区別して市場画定した Michelin 事件判決(See, Michelin, supra note 66)等を参照。また、市場を狭く捉えることにより、市場シェアは大きく見積もられるため、市場支配的地位(後述)は認定されやすい方向に作用する。

⁸¹ See, Michelin, supra note 66, para. 57.

⁸² See, Case T-17/93 Matra Hachette v. Commission [1994] ECR II -595, para. 153.

⁸³ See, Case 247/86 Alsattel v. Novasam [1988] ECR 5987, para. 23.

⁸⁴ See, United Brands, supra note 52, para. 65.

⁸⁵ 他方、欧州委員会競争局によれば支配的地位の源泉である市場支配力(market power)とは「有意な期間において、価格、生産量、技術革新、商品・サービスの品揃え、或いはその他市場における競争上のパラメータに対して影響を及ぼす力」と定義される(See, Article 82 DP, supra note 51, paras. 24, 19.)。

り、もう一つは「有効な競争を阻害する能力」である⁸⁶。前者は「価格を支配する力」であり、後者は「競争を排除する力」と解釈され⁸⁷、EU ではこれら二つの要素を因果的一体的に捉えて「市場支配力」と観念している。これに対し米国では *du Pont* 事件連邦最高裁判決で示された「市場における価格を支配する力、または競争を排除する力(傍点筆者)」⁸⁸が「独占力」の定義として観念されており、EU と同様に「価格を支配する力」と「競争を排除する力」という二つの要素を内包している。これら二つの要素についての考慮の在り方に関し、米国の学説や裁判実務は専ら「価格を支配する力」の存在をもって独占力を認定しており⁸⁹、また、EU においても競争当局が「価格を支配する力」の認定により市場支配力を推定している⁹⁰状況にあることに鑑みれば、米国における独占力の概念と EU における市場支配力の概念は共に「価格支配力」を意味するものと解される。

他方、市場支配的地位の認定に際しては市場シェアの大きさが重視される⁹¹。*Hoffmann-La Roche* 事件において欧州司法裁判所は「支配的地位の存在は、いくつかの独立した要素から推察されるが、どれも確定的ではなく、しかしながら、それらの中で最も重要な要素なのが大きな市場シェアの存在である」と述べ⁹²、市場シェアの重要性を強調するとともに、「極めて大きな市場シェア(*very large market share*)を有する場合には・・・(中略)、それ自体、支配的地位の存在を示す証拠となる」と述べ⁹³、被告の市場シェアの大きさから市場支配的地位を認定した⁹⁴。

⁸⁶ See, Whish, *supra* note 40, at 174-175.

⁸⁷ See, Korah, *supra* note 54, at 106.

⁸⁸ See, *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).

⁸⁹ 例えば、Areeda によれば「市場支配力は生産量を制限することにより儲かる水準に価格を引き上げる能力である(Market power is the ability to rise price profitably by restricting output.)」と定位され、「価格を支配する力」を市場支配力と捉えている立場が示されている(See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law II B 3rd ed”, at 109 ¶ 501 (2007))。また、ABA の体系書では、通常、「価格を支配する力」は有効な競争が欠如することによって生じると考えられることから、「価格を支配する力」と「競争を排除する力」を区別したうえでその両方を要求することは技巧的過ぎるとし、価格と競争は極めて緊密に関連していることから、独占力の認定に際しては両者を一体として扱うのが妥当であるとの見方が提示されている(See, ABA, “Antitrust Law Developments 5th ed.”, at 230-231 (2002))。

⁹⁰ 例えば、2008 年 12 月に欧州委員会が公表した「支配的事業者による排他的濫用行為への EC 条約 82 条の適用における委員会の執行方針に関する指針(以下、「82 条ガイダンス」という))」によれば、「有意な期間(通常、2 年間)にわたって競争の水準よりも価格を引き上げて利益を上げることができる事業者は、十分に効果的な競争圧力に直面しておらず、一般に支配的であるとみなすことができる」との見方が提示され、「価格を支配する力」の認定により「市場支配力」を推定する立場を示している(See, Communication from Commission, ‘Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings’, para. 11 n6, OJ C45/02 24.2.2009, [hereinafter, ‘Article 82 GP’])。

⁹¹ See, Jonathan Faull and Ali Nikpay, “The EC Law of Competition 2nd ed.”, 324, para. 4.44 (2007), [hereinafter, ‘Faull & Nikpay’].

⁹² See, *Hoffmann-La Roche*, *supra* note 80, para. 41.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Hoffmann-La Roche* 事件では各種ビタミン剤市場における Hoffmann 社の独占的取引契約などが旧 82 条違反に該当するか否かが争われた。各種ビタミン剤市場における Hoffmann 社の市場シェアとこれに対する支配的地位の認定状況は以下の通り。

- ビタミン H 市場：市場シェア 93%で支配的地位と認定(シェアの高さそれ自体で認定)。
- ビタミン B2 市場：市場シェア 86%で支配的地位と認定(シェアの高さそれ自体で認定)。
- ビタミン B6 市場：市場シェア 80%超で支配的地位と認定(シェアの高さそれ自体で認定)。

そして、EUにおける判例法上、市場シェアと市場支配的地位の認定に関しては、市場シェア 50%以上では支配的地位が強く推定され⁹⁵、40%以上(～50%未満)ではシェアの期間推移や競合とのシェア割り状況等が勘案されて支配的地位と認定される可能性があり⁹⁶、30%以上(～40%未満)では参入を阻止する有意な力といったシェア以外の証拠がない限り支配的地位とは推定されず⁹⁷、30%未満では基本的に支配的地位とは認定されない⁹⁸。

これに対し、規制当局である欧州委員会競争局は判例よりも厳しい認定基準を設定している。すなわち、シェア 25%以上から支配的地位の存在についての懸念を示し、40%以上では支配的地位の存在を推定する立場をとっており、訴追機関としての厳格な姿勢が窺える⁹⁹。

さらに、EUにおける市場支配的地位の認定基準の峻厳さは、米国との比較により一層顕著なものとなる。米国の裁判所や規制当局は独占力の存在を認定するに際して、概ね 70%以上のシェアを要求し、反対に、50%未満の場合は通常、独占力の存在を認定しない¹⁰⁰。よって、米国では独占力が存在しないとされるシェア水準が EU では支配的地位として認定され得る。

このように、EU の裁判所および規制当局が支配的地位の認定に厳格なのは、域内市場で

-
- ビタミン E 市場：市場シェア 60%で支配的地位と認定(シェアの高さそれ自体で認定)。
 - ビタミン A 市場：市場シェア 47%で支配的地位を認定(寡占市場構造と 2 位以下のシェアの低さを考慮)。
 - ビタミン C 市場：市場シェア 47%で支配的地位と認定(寡占市場構造と 2 位以下のシェアの低さを考慮)。

⁹⁵ 前掲の Hoffmann-La Roche 事件では 60%以上の市場シェアに対して支配的地位が認定され(See, Hoffmann-La Roche, supra notes 80, 94)、Michelin 事件では再生タイヤ市場における 57～65%の市場シェアで支配的地位と認定(See, Michelin, supra note 66)、AKZO 事件では小麦粉用添加物市場における 50%の市場シェアで支配的地位と認定されている(See, Case C-62/86 AKZO v. Commission [1991] ECR I -3359)。

⁹⁶ United Brands 事件ではバナナ市場におけるシェアが 40～45%であり、被告の市場シェアそれ自体のみでは支配的地位にあるとはいえないとされたが、競合のシェアを大きく引き離していることから被告の支配的地位を認定した(See, United Brands, supra note 52)。なお、前掲の Hoffmann-La Roche 事件におけるビタミン A、C 市場の判断も参照(See, Hoffmann-La Roche, supra notes 80, 94)。

⁹⁷ See, Sir Christopher Bellamy and Graham Child, “European Community Law of Competition 6th ed.”, 929, para. 10.029 (2008), [hereinafter, ‘Bellamy & Child 6th’]; see also, Faull & Nikpay, supra note 91, at 325, para. 4.50.

⁹⁸ Metro 事件では被告企業のハイテク製品が顧客にとっては市場で優位な製品であったが、シェアが 5～10%しかなかったため被告は支配的地位にあるとは認定されなかった(See, Case 75/84 Metro v. Commission [1986] ECR 3021)。

⁹⁹ 従来、競争当局が支配的地位にないと判断する市場シェアは 25%未満であり、25～40%は競争環境等を勘案して判断するとし、40%以上を支配的地位として捉える立場を示していた(See, ‘Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the community regulatory framework for electronic communications networks and services (the SMP Guidelines)’, OJ [2002] C165/03, para. 75)。そしてこの立場は近時公表された 82 条ガイダンスでも維持され、「関連市場において事業者の市場シェアが 40%を下回るならば、通常、支配は起こらないと考える。しかし、市場シェアが当該基準を下回る場合であっても、競争者の供給余力が既に限界に達しているようなときには、競争者が支配的事業者の行為を有効に牽制する地位にないこともあり得るため、そのような事情も考慮することとなる」としている(See, Article 82 GP, supra note 90, para. 14)。

¹⁰⁰ もちろん、独占力の存在を認定するに際して米国裁判所が要求する市場シェアの水準は事案により異なるが、判例動向からは概ね 70%以上をメルクマールとしている状況が窺える(See, ABA, “Antitrust Law Developments 6th ed.”, 231-232 (2007))。

商品・サービス・人・資本の移動の自由を確保し「共同市場」を構築する上で、競争秩序・有効競争の維持が不可欠と捉える¹⁰¹一方で、競争の副産物として形成され得る企業の支配的地位については、存在それ自体を競争秩序・有効競争に対する阻害リスクとして認識し¹⁰²、リスク管理上の必要措置として支配的地位の認定基準が厳格になったものと考察される¹⁰³。

2-3. 濫用行為

判例法理によれば、濫用行為(abuse)とは「問題となっている企業の存在の直接の結果として、既に競争が弱められているような市場において、市場構造に影響を与えるような行為であり、事業者の成果に基づく製品もしくはサービスの正常な競争とは異なる方法を用いることにより、市場に存在する競争水準の維持もしくは発展を阻害する効果を有するような行為((an abuse is…) such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is already weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of traders' performance, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or growth of that competition)」と定義される¹⁰⁴。

また、濫用行為の類型としては「搾取的濫用(exploitative abuse)」と「排他的濫用(exclusionary abuse)」とがあり¹⁰⁵、前者は市場支配的地位にある事業者が、顧客や消費者の利益を犠牲にし、有効な競争が存在していれば獲得できないであろう利益を獲得し、または課すことのできない負担を課す行為と説明され、後者は業績に基づかない競争により市場構造に影響を与え、競争を減殺する行為と説明される¹⁰⁶。

「搾取的濫用」の具体例としては、不当な高価格(Excessive price)や価格差別(Price

¹⁰¹ See, Case 32/65 Italy v. Council and Commission [1966] ECR 389, para. 405.

¹⁰² 前述のように EU 競争法の理論的基礎を成すのが、オルドー自由主義に基づくドイツ・フライブルクスクールの有効競争論である。これは好ましい競争構造として 1)有効競争が維持され、2)競争者間に自律性が確保される市場を観念し、ある事業者の市場シェアが突出していることから、他の競争者の行動を制約するような場合に、支配的事業者の濫用行為としてこれを規制するというアプローチである。すなわち、有効な競争が維持されるための競争構造に着目し、競争者間の自律性や競争構造の維持をも競争法の目的とするため、市場シェアの大きい支配的事業者はその存在自体が危険視される(参照 越智・前掲注 3, 44~47 頁)。

¹⁰³ すなわち、EU 機能条約 102 条の根拠規定である EU 条約 3 条 3 項にいう「高度に競争的な社会的市場経済」を実現する上で、「競争圧力が十分に存在することによって、どの事業者も EC 条約 86 条(現 EU 機能条約 102 条)でいう市場支配的地位を持つことができない状態」(参照 正田・前掲注 80, 195 頁)が域内市場における競争秩序として観念され、本来的には支配的事業者が存在しない競争環境が求められつつも、競争過程で支配的事業者の出現を回避することは困難であり、また、102 条が支配的事業者の存在それ自体を禁止していない以上、支配的事業者が事業活動を遂行することは容認され、支配的事業者による競争秩序・有効競争阻害リスクは存在してしまう。このリスクに対処すべく支配的地位の認定基準を厳格化(基準となる市場シェア水準を低く設定)し、支配的事業者を広く捕捉することを企図したものと解される。

¹⁰⁴ See, Hoffmann-La Roche, supra note 80 para. 91.

¹⁰⁵ See, Faull & Nikpay, supra note 91, at 348, paras. 4.142, 4.144, 4.145.

¹⁰⁶ 中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』(有斐閣・2001 年)185 頁。

discrimination)、取引条件の強制(Imposing unfair trading condition)等が想定され、市場支配的事業者がその力を行使することにより消費者利益を直接的に害する行為がこれに該当する¹⁰⁷。これに対し、「排他的濫用」の具体例としては、略奪価格(Predatory pricing)、取引拒絶(Refusal to deal)、抱合せ(Tying)等が想定され、市場支配的事業者が競争者を排除することにより、直接的には競争過程を害しつつ、間接的に消費者利益をも害する行為がこれに該当する¹⁰⁸。そして、これら二つの行為類型は必ずしも相互に排他的ではなく重複している場合もある¹⁰⁹。

なお、濫用とは「客観的概念(Objective Concept)」であり、濫用行為の認定に際して、支配的事業者の意図といった主観的要素の立証は必要とされない¹¹⁰。また、市場支配的地位にない事業者が同様の行為を行ったとしても濫用行為とは認定されず、従って、濫用の概念は支配的事業者に対してのみ適用される¹¹¹。

他方、被告となった支配的事業者には「客観的正当化事由(Objective Justification)」による反証が可能である¹¹²。102 条は支配的事業者の行為が能率競争(competition on the merits)に基づくものである場合には「客観的な正当化事由」として認め、これを規制しない¹¹³。但し、支配的事業者の行為は比例的(proportionate)であることが求められ、必要以上に過剰な行為と判断される場合には濫用行為として規制される¹¹⁴。

《小括》

以上、EU 成立過程の概観を経て、EU の競争政策と競争観、および 102 条の基本的視座を俯瞰した。

EU における市場支配的地位の濫用規制は、市場シェアを主たる基準として支配的地位の認定に積極的であり、「支配的事業者は競争を歪曲しないよう『特別の責任』を負う」との判例法理の下、EU の競争当局および司法裁判所は支配的事業者の行為を「濫用行為」として規制することに概して意欲的であるとの見方が妥当するものと解される。また、この規制スタンスの基礎となる概念がオールドー自由主義的競争観であり、競争秩序を維持・構築

¹⁰⁷ See, Faull & Nikpay, supra note 91, at 396-407.

¹⁰⁸ Id. at 349-396.

¹⁰⁹ See, Bellamy & Child 6th, supra note 97, at 952, para. 10.065.

¹¹⁰ Hoffmann-La Roche 事件において欧州司法裁判所は「濫用の概念は市場構造に影響を及ぼす支配的事業者の行為に関する客観的概念である(See, Hoffmann-La Roche, supra note 80, para. 91)」と示している。

¹¹¹ よって、この文脈においても市場支配的事業者は競争を歪曲しないよう「特別な責任」を負うと説明される(See, Faull & Nikpay, supra note 91, at 349, para. 4.151; see also, e.g., 'Michelin', supra note 66, para. 57)。

¹¹² See, Whish, supra note 40, at 207.

¹¹³ See, Faull & Nikpay, supra note 91, at 350, paras. 4.154-4.155.

¹¹⁴ See, Case 311/84 Center Belge d'Etudes de Marche Telemarketing v CLT, [1985] ECR 3261, para. 26.

する上で、反競争的な行為を違法と認定しない誤り(消極過誤)を抑止すべく国家や当局による介入を必要な措置として捉えるものである。

このような EU の競争政策は、例えば米国との比較において対照的であり、規制水準は厳格であると評し得よう。

もっとも、上記に見る EU の競争政策は、EU 固有の目的、すなわち「域内市場の確立・維持」という歴史的な重みを持った政治的理念の影響を色濃く受けたものである。ここでは、経済効率性の向上や消費者利益の増大といった競争法一般の目的は、当該 EU 固有の目的の実現に際して付随的・反射的に達成されるべきものと位置付けられているように解され、EU 競争法の適用を巡って争われる事案の違法性判断等について検討する際には、当該 EU 固有の目的の観点から考察を与えることの必要性が意識される(なお、近時は経済効率性の向上や消費者利益の増大を EU 競争法の直接の目的として定位することについて議論が高まっている(次章を参照))。

従って、EU の競争政策と、例えば日・米の競争政策とを比較する際には、競争政策の背後にあるそれぞれの競争法目的を認識する必要があり、事案の違法性判断に対して比較法的考察を与える場合には、法目的の異同を踏まえた考察を与えることが必要となろう。

次章では、具体的に EU における単独・直接の取引拒絶規制について検討を試みる。

■ 参照条文

《TEU Article 3》

- (3) The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance.

《EU 条約 3 条》

- (3) 連合は域内市場を設立する。連合は均衡のとれた経済成長と価格安定、完全雇用と社会的進歩を目的とする高度に競争的な社会的市場経済、ならびに環境の質の高水準の保護および改善を基礎とする、欧州の持続可能な発展のために活動する。連合は科学と技術の向上を促進する。

《TFEU Article 3》

- (1) The Union shall have exclusive competence in the following areas:
- (a) customs union;
 - (b) the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market;
 - (c) monetary policy for the Member States whose currency is the euro;
 - (d) the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy;
 - (e) common commercial policy.

《EU 機能条約 3 条》

- (1) 連合は以下の分野において排他的権能を有する。
- (a) 関税同盟
 - (b) 域内市場の運営に必要な競争法規の確立
 - (c) ユーロを通貨とする加盟国の通商政策
 - (d) 共通漁業政策の下での海洋生物資源保護
 - (e) 共通通商政策

《TFEU Article 101》

- (1) The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:
 - (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
 - (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
 - (c) share markets or sources of supply;
 - (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
 - (e) make the conclusion of contracts subjects to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.
- (2) Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.
- (3) The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:
 - any agreement or category of agreements between undertakings;
 - any decision or category of decisions by associations of undertakings;
 - any concerted practice or category of concerted practices;which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:
 - (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
 - (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

《EU 機能条約 第 101 条》

- (1) 加盟国間の通商に影響を与えるおそれがあり、かつ共同体市場における競争を妨害し、あるいは制限し、または歪曲する目的や効果をもたらす協定、事業者団体の決定、および協調行為は、共同体市場と両立しないものとして禁止されるものとする。とりわけ、次の各号に該当するものは禁止される。
 - (a) 直接または間接に、購入価格や販売価格あるいはその他の取引条件を固定すること。
 - (b) 生産、販売、技術開発または投資を制限し或いは統制すること。

- (c) 市場または供給源を分割すること。
 - (d) 同等の取引を行う相手方に対して異なる条件を課して、相手方を競争上不利な立場におくこと。
 - (e) 商品の特質または商業上の用途に照らして、契約の対象と関連を有しない付加的な義務を相手方が受諾することを契約締結の条件とすること。
- (2) 本条の規定により禁止される協定および決定は自動的に無効である。
- (3) 但し、次に掲げるものについては、第1項の規定を適用しない旨、宣言されることがある。
- 事業者間の協定または一定類型の協定
 - 事業者団体の決定または一定類型の決定
 - 協調行為または一定類型の協調行為
- これらは、商品の生産や販売の改善、あるいは技術や経済発展の促進に役立ち、同時にその結果生ずる利益を消費者にも公平に還元するものであり、かつ次の各号に該当しないもの。
- (a) 前記の目的達成上必要不可欠でない制限を参加事業者に課すこと。
 - (b) 当該商品の実質的部分において、参加事業者間の競争を排除する可能性をもたらすこと。

《TFEU Article 102》

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

《EU 機能条約 第 102 条》

共同体市場またはその実質的部分において支配的な地位にある単一または複数の事業者に

よる濫用行為は、それが加盟国間の取引に影響を与えるおそれがある場合、共同体市場と両立しないものとして禁止されるものとする。とりわけ、次の各号に該当するものは濫用行為に該当するおそれがある。

- (a) 直接または間接に、不公正な購入価格や販売価格、あるいはその他の不公正な取引条件を課すこと。
- (b) 生産、販売または技術開発を制限し、消費者に不利益をもたらすこと。
- (c) 同等の取引を行う相手方に対して異なる条件を課して、相手方を競争上不利な立場におくこと。
- (d) 商品の特質または商業上の用途に照らして、契約の対象と関連を有しない付加的義務を相手方が受諾することを契約締結の条件とすること。

第7章 単独・直接の「継続取引拒絶」に対する EU 判例法理の形成と展開

EU 機能条約 102 条は市場支配的地位の濫用行為を禁止する規定であり、EU における「単独・直接の取引拒絶」は、事業者が市場支配的地位にあると認められ、且つ、直接的な取引拒絶が濫用行為として認定される場合、同条に基づき規制される(なお、本章以下では、取り扱う事案に応じて、適宜、現 EU 機能条約 102 条、旧 EC 条約 82 条、旧 EEC 条約 86 条の表記を使用し、その何れの表記も EU における市場支配的地位の濫用禁止規定として同義の意味内容を指すものとする)。

本章では、米国における単独・直接の取引拒絶規制が「継続取引拒絶」と「新規取引拒絶」とで異なるアプローチを必要とすることを踏まえ¹、EU における単独・直接の取引拒絶のうち、まず「継続取引拒絶」についてその規制状況を欧州司法裁判所の判例や欧州委員会の決定等から概観し、当該継続取引拒絶に対して判例法が如何にして形成され、また、当該判例法がどのように理解され法理として運用されているのか、或いは運用されようとしているのかについて検討する。

第1節 単独・直接の継続取引拒絶に対する EU 判例法理の形成と展開

1-1. Commercial Solvents 事件欧州司法裁判所判決²(1974 年) 【Type B】

Commercial Solvents 事件判決は、従来継続していた供給を拒絶した事案であり、且つ、単独・直接の取引拒絶に関する欧州司法裁判所の最初の判決でもある。本件判決は欧州委員会による違法認定ならびに制裁金支払い決定³の取り消しを求めて提起されたものである。

<事実の概要>

本件申立人 Commercial Solvents Corporation(以下、「CSC」という)は、結核治療薬の

¹ 本稿では、米国における単独・直接の取引拒絶規制法理として「継続取引拒絶」と「新規取引拒絶」とが区別され、両者で審査のアプローチが異なるとともに、違法性判断の在り方も異なることを指摘した(参照 本稿 第4章および第5章)。

² Cases 6/73 & 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities, [1974] ECR 223, [hereinafter, 'Commercial Solvents'].

³ Decision of the Commission of 14 December 1972 (OJL 299, P.51 ET SEQ).

一種であるエタンブトールの原材料となるニトロパラフィンとアミノブタノール(以下、これら原材料を併せて「本件原材料」という)を製造・販売する事業者であり、本件原材料を商業ベースで大規模に製造する能力を有する世界で唯一の事業者であった。

一方、CSCの子会社である Istituto Chemioterapico Italiano(以下、「ICI」といい、親会社である CSC と合わせて「CSC ら」という)は CSC が製造する本件原材料の再販事業者であり、その経営実態は CSC が 51%の株式を保有し、CSC の会長が ICI の社長兼取締役会議長であり、且つ、取締役会における議決権の過半を CSC が占有していた。

他方、訴外 Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja(以下、「Zoja」という)は CSC が製造した本件原材料を ICI から購入し、エタンブトールを製造・販売する事業者であり、1966 年以来、ICI と継続的な取引関係にあった。

1970 年に ICI はエタンブトールの製造許可を得て、自らエタンブトールの製造を開始するに至り、CSC は子会社である ICI にのみエタンブトール製造用の本件原材料を供給することとし、既契約分を除き、共同体市場内の顧客には本件原材料を販売しないことを決定したため、Zoja が 1970 年末に本件原材料の供給を ICI に申し入れたところ、これを拒絶された。

Zoja は CSC らの供給拒絶が旧 EEC 条約 86 条(現 EU 機能条約 102 条)に違反し、支配的地位の濫用にあたるとして欧州委員会に提訴し、欧州委員会は CSC らによる供給拒絶の違法性を認定するとともに排除措置と制裁金の支払いを命じたため、CSC らは欧州司法裁判所に対して欧州委員会の決定の取り消しを求めて本件提訴に及んだ。

<欧州司法裁判所の判断>

①関連市場について：

CSC らは、エタンブトールは結核治療薬市場を構成する一部分に過ぎず、エタンブトールは他の薬品と競争関係にあり結核治療薬として互換可能(interchangeable)であるため、エタンブトール単独で市場は存在せず、従ってエタンブトールを製造するための原材料市場を独立した市場として構成することはできないと主張した⁴。

これに対し、裁判所は、製品市場と当該製品を製造するために不可欠な原材料の市場とは区別可能であり、原材料市場における支配的地位の濫用により競争制限効果がもたらされるならば、たとえ当該製品が単独で製品市場を構成しないとしても(エタンブトールが結核治療薬市場の一部分だとしても)、原材料市場を独立した関連市場として画定して構わないと判示し、欧州域内におけるエタンブトールを製造するための原材料市場を関連市場として画定した⁵。

②支配的地位の認定について：

裁判所は、CSC がエタンブトールを製造するのに必要な本件原材料について、商業ベ-

⁴ See, Commercial Solvents, supra note 2, para. 19.

⁵ Id. para. 22.

スで量産できる世界で唯一の事業者であり⁶、その製造・販売に関して世界的に独占状態にあることから、域内市場における CSC らの支配的地位を認定した⁷。

③濫用行為の認定について：

裁判所は、「事業者が原材料の製造に関して支配的地位にあり、それ故に製品(エタンブトール)製造事業者への供給を支配できる場合、当該事業者は自ら製品製造を開始することを決定したという理由で、域内市場における主要な製品製造事業者の内の一社を排除することになる行動をとることは許されない」⁸と述べるとともに、「原材料市場において支配的地位にある事業者が、当該原材料を自社製造のために留保する目的で製品製造事業者である顧客に対して供給を拒絶することは、当該顧客に関する競争を全て排除するおそれがあり、86 条に規定する支配的地位の濫用に該当する」⁹と判断した。

なお、CSC 側は、1970 年春に Zoja が ICI との本件原材料の購入契約に基づく注文を大量にキャンセルしたことを指摘し、Zoja に対して供給を停止したことの正当性を主張したが、裁判所は「上記の文脈においては Zoja による注文のキャンセルを理由として ICI が 1970 年末に供給を停止したことは問題ではなく、既存の契約に基づく本件原材料の供給が履行された後、本件原材料の販売が停止されることが問題である」¹⁰として CSC らの主張は失当であるとした。

また、裁判所は、CSC は十分な供給能力があり¹¹、Zoja の要求に対して応えることが出来たにもかかわらずこれに応じなかったことを不当視し、欧州委員会が CSC の供給拒絶を違法認定したことは妥当であると評価した。

そして、上記のように CSC の濫用行為を認定した上で、旧 EEC 条約 86 条の適用と解釈は、その根拠規定である同 3 条 f 号(域内市場において競争が歪められることのないシステムの確立(1997 年のアムステルダム条約により同規定の条文番号は旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号に遷移し、さらに 2009 年のリスボン条約により同規定は条文ではなく第 27 付属議定書に移行))等の観点から為されなければならないとし¹²、本件において Zoja はこの当時、少なくとも二つの加盟国に当該製品を輸出しており、当該輸出が CSC の濫用行為により危機に直面していたと認定。当該濫用行為は域内市場における既存の競争構造と加盟国間取引に影響を及ぼすものであり同 86 条に違反するとの立場を示した¹³。

<検討>

⁶ CSC は他にも本件原材料の製造・販売事業者が存在すると主張したが、裁判所は、これら他の事業者が製造する原材料は未だ実験段階のものであり、その生産量も小規模であることから本件原材料に代替し得るものではないとして CSC の主張を斥けた(Id. para. 13)。

⁷ Id. paras. 9-17.

⁸ Id. para. 25.

⁹ Id.

¹⁰ Id.

¹¹ CSC の全世界的な供給能力のうち、Zoja に対する供給量は推定で 5～6%と見積もられた(Id. para. 28)。

¹² Id. para. 32.

¹³ Id. paras. 33-35.

本件は川上事業者(CSC)と川中事業者(ICI)が資本関係により統合しつつ、川下事業者(Zoja)に原材料を供給していたところ、川中事業者(ICI)が許認可を得て川下事業を開始し(すなわち、川下事業者となり)、従来より川下市場において顧客であった川下事業者(Zoja)との関係性が競合へと変化したため、川中事業者(ICI)が川下事業者(Zoja)に対して原材料の供給を拒絶した事案である¹⁴。

裁判所は市場画定において、関連市場を欧州共同体のエタンプトール原材料市場という非常に狭い形で認定し、このことが CSC の支配的地位の認定を容易にすることにつながっている。すなわち、EU では支配的地位の認定において市場シェアが最も重要視される基準であるところ、エタンプトールの原材料市場を世界的に独占している CSC に対して、関連市場を欧州共同体のエタンプトール原材料市場と画定することで、CSC の支配的地位の認定を異論の余地のないものとしている(但し、本件において CSC の欧州共同体のエタンプトール原材料市場におけるシェアは数値では示されていない)。

また、裁判所は CSC の行為を濫用と認定するに際して正当化事由の存否を重要視しており、本件では、CSC が主張する子会社 ICI による本件原材料の自家消費、Zoja の購入キャンセルといった事由は支配的事業者の供給拒絶を正当化するものではないと判断し¹⁵、CSC の Zoja に対する供給拒絶を濫用行為として違法認定した。なお、本判決で興味深いのは既存の契約に基づく本件原材料の供給が履行された後も、正当化事由がない限り、支配的事業者は供給義務を負うとした点である¹⁶。「契約の自由」の観点からは、既存の契約を履行した後、引き続き供給するかしないかは両当事者の合意に基づくと解されるが、本件では両当事者の合意によらず、一方が支配的事業者であれば引き続き供給義務を負うとしている。このことは、「競争秩序」は「契約の自由」に優先することを含意しており、オールドー自由主義的競争観の存在をうかがわせる¹⁷。

¹⁴ このような垂直統合に伴う排他的行為(供給価格の値上げや供給量の削減)は一般に「価格圧搾(price squeeze)」或いは「利益圧搾(margin squeeze)」と称され、川上事業者の川下事業者に対する価格圧搾行為が競争制限効果をもたらすとして永らく違法性が争われてきたが、米国においては Linkline 事件連邦最高裁判決(Pacific Bell Telephone Co. v. Linklinecommunications, Inc., 129 S.Ct. 1109 (2009))が、支配的企業に取引義務がない場合には(取引拒絶が違法とならない場合には)、価格圧搾自体は違法とならないと判断し、価格圧搾の違法性判断に先立ち取引拒絶の違法性判断が先決問題であることを示した。なお、EU では価格圧搾は「構成上の供給拒絶(constructive refusal to supply)」とも称され、川下市場の競争状態にネガティブな影響を及ぼす場合(例えば、川下事業者が少数で価格圧搾の反競争効果が大きい場合)に違法となるとの考えを示す(See, Article 82 DP, *infra* note 71, paras. 219-222)。

¹⁵ EU における取引拒絶(供給拒絶)事案において、一般に正当化事由となり得る事由としては、自社の供給能力に不安がある場合、利益を見込めない取引の場合、相手方に倒産の懸念がある場合、品質や評判に問題がある場合等であり、本件で CSC が主張した事由は何れもこれらに該当しない(See, Jonathan Faull & Ali Nikpay, “The EC Law of Competition 2nd ed.”, paras. 4.183-4.184 (2007))。

¹⁶ Whish は本判決を、既存顧客に対する供給拒絶(すなわち、継続取引拒絶)が、支配的地位の濫用として違法となることを確立した判決であると定位する(See, Richard Whish, “Competition Law 6th ed.”, 690 (2009), *hereinafter*, ‘Whish’)

¹⁷ Eucken は、「契約の自由」は経済の秩序を構成する秩序諸原則の一要素であるとしつつも、「契約の自由」は、例えば、カルテル契約を通じて既存の競争を排除するために用いられる側面をも有していること等を指摘し、「契約の自由」に依拠した自由放任主義的政策は、経済の秩序形態を失敗に導くとする(参照 舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(六)」国家学会雑誌 第 90 巻 第 5・6 号(1977 年)280～281 頁)。また、オールドー自由主義論者である H.C.Nipperdey は、「競争の自由」は「営業の自由」や「契約

他方、判決は濫用行為のもたらす反競争効果として「当該顧客(Zoja)に関する競争を全て排除するおそれがある」ことを指摘しているが、このことから裁判所の濫用行為規制に二つの特徴を見出すことができる。一つは、競争者の競争機会を保護法益と捉え、競争者排除を濫用行為として捉える競争者保護の立場である¹⁸。もう一つは、競争状態が全て毀損されることまでは要せず、競争状態を構成する顧客や競争相手に関する競争といった限定的な領域において競争状態が部分的に毀損されることで「濫用」の射程に捕捉し、且つ、現実に毀損されることまでは要せず、毀損されるおそれで「濫用」の射程に捕捉する立場である¹⁹⁾²⁰。

そして判決は、旧 EEC 条約 86 条の適用と解釈はその根拠規定である同 3 条 f 号(域内市場において競争が歪められることのないシステムの確立)等の観点から為されなければならないとし、本件における CSC の供給拒絶行為は、域内市場における既存の競争構造を歪曲し加盟国間取引を減退させる影響を及ぼすため同 3 条 f 号に反するものであると認め、同 86 条の適用によって CSC の「支配的地位」に基づく「濫用行為」を違法と解釈することは適当(および、前述の正当化事由は採用し得ない)との見方を提示する。

このように、EU(EC)成立初期の判例である本件判決からは、旧 EEC 条約 86 条の適用と解釈に関し、その根拠規定である同 3 条 f 号の観点から忠実に判断する姿勢が示され、また、市場支配的地位の濫用規制にその根源的思想であるオルドー自由主義的競争観が反映されている状況がうかがえ、競争秩序の形成に向けて裁判所と競争当局が意欲的(干渉主義的・介入主義的)に法運用を行っていたと言い得よう²¹。

1 - 2. United Brands 事件欧州司法裁判所判決²²(1978 年)

の自由」に優越するとし、この「競争の自由」が自由放任な市場経済と区別された社会的市場経済の特徴であるとする(参照 舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(七・完)」国家学会雑誌 第 90 巻 第 9・10 号(1977 年)595~596 頁)。このように、オルドー自由主義は社会的市場経済を実現する上で、競争秩序(競争の自由)を不可欠な秩序原則と捉え、他方、「契約の自由」は統制の対象と捉える。

¹⁸ Korah によれば、最近の EU の判例は、特定の競争者よりも消費者を保護することを競争法の機能として重要視しているとしつつ、初期の判例である本件は競争者保護の判例であり、本件で裁判所は小規模事業者である Zoja を救済したと述べる(See, Valentine Korah, “An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 9th ed.”, 172-73 (2009), [hereinafter, ‘Korah’]).

¹⁹ 判決は、本件が争われた当時、Zoja が少なくとも二つの加盟国に当該製品を輸出しており、当該輸出が CSC の行為により危機に直面していたことを指摘しつつ、未だ Zoja の事業が完全に排除されていなかったことを事実として認定している(See, Commercial Solvents, *supra* note 2, para. 35)。

²⁰ この点に関し、EU における「構成上の供給拒絶」の事案においては、今日でも川下市場において競争が全て排除されることまでは必要とされていないことから、本件の先例としての意義が見出せる(See, Whish, *supra* note 16, at 689)。

²¹ なお、欧州司法裁判所が最初の取引拒絶事案として本件を取り扱った当時(1970 年代初頭)、共同体の加盟国はドイツ・フランスを含む 6 ヶ国であったが、共同体としての競争法システムは未だ十分に発達しておらず、また先例も無い中で、司法裁判所の裁判官は共同体加盟国の経験値を探索する状況にあり、当時既にフランスが 1945 年法(旧価格令: Ordonnance No.45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix)により事業者間の販売拒絶(refusal to sell)を反競争的な行為として当然違法としていたことを踏まえ、Commercial Solvents 事件判決にフランス販売拒絶規制の知見が反映されたとの見方がある(Liza Lovdahl Gormsen, ‘Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?’, The Competition Law Review Volume2 Issue2, at 14, n49 (2006))。

²² Case 27/76, United Brands v. Commission [1978] ECR 207, [hereinafter, ‘United Brands’].

本判決は、前掲の **Commercial Solvents** 事件判決同様、従来継続していた供給を拒絶した事案であるが、本件における供給拒絶の態様は、顧客である取引相手方が競争者と取引しないことを条件に供給を継続し、これに反した場合に供給を拒絶するものであり、排他条件付取引の実効性を担保する手段としての供給拒絶である。従って、本件は「単独・直接の垂直的継続取引拒絶(顧客)」であり、本稿のテーマから外れる事案ではあるが、本件判決は、**Hoffmann-La Roche** 事件判決²³、**Michelin** 事件判決²⁴とともに市場支配的地位の濫用に関する「基本三判例」として定位され²⁵、後の判例法形成に大きな影響を及ぼしている点で重要な判決であり、以下に検討する²⁶。

＜事実の概要＞

本件申立人 **United Brands Company**(以下、「**UBC**」という)は、バナナ市場において「チキータ」ブランドで知られる世界最大の生産販売事業者であり、1974 年当時、世界市場における取扱量の 35%を占めていた。

一方、訴外 **Olesen** 社はデンマークにおけるバナナの熟成/販売業者であり²⁷、1967 年以降、**UBC** からチキータ・バナナを購入するデンマークで最大の事業者であった。**Olesen** 社はデンマークにおいて他に 7 社存在する熟成/販売業者に比して優遇措置を講ずるよう **UBC** に求めたところ、これを拒否されたため、**Olesen** 社はチキータ・バナナの競合商品である「ドール」ブランドを冠した **Castle & Cooke** 社のバナナを積極的に取り扱うようになるとともに、1973 年からドール・バナナの販売促進活動を展開した²⁸。これに対し、**UBC** は **Olesen** 社へのチキータ・バナナの供給を停止したため、**Olesen** 社は販売損失と顧客喪失を被ったとして欧州委員会に訴えを提起した。

欧州委員会は **UBC** の **Olesen** 社に対する供給拒絶が旧 **EEC** 条約 86 条(現 **EU** 機能条約 102 条)に違反する支配的地位の濫用であると認定したため²⁹、**UBC** が欧州司法裁判所に提訴。

²³ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461, [hereinafter, '*Hoffmann-La Roche*'].

²⁴ Case 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461, [hereinafter, '*Michelin*'].

²⁵ 市場支配的地位にある企業の濫用行為については、①関連市場の画定、②支配的地位の存否、③濫用行為の存否の三要件が問題となるが、この三つの論点についての基本的立場は **United Brands** 事件判決、**Hoffmann-La Roche** 事件判決、**Michelin** 事件判決の三判例によって確立したとされる(参照 越智保見『日米欧 独占禁止法』(2005 年・商事法務)539 頁)。なお、当該三要件についての基本的立場の概要は、本稿 第 6 章 第 2 節を参照。

²⁶ なお、事案としては供給拒絶の他、差別的価格設定、不当な高価格設定についても争われた事案であるが、本稿におけるテーマとの係わりから主として供給拒絶について検討する。

²⁷ **UBC** はバナナの流通過程に **Ripener** と呼ばれる熟成業者を介在させており、熟成業者は熟成前の青バナナを購入し、これを固有の技術で熟成させ、一定の品質を保証した「チキータ」ブランドで小売業者に販売していた(See, *United Brands*, supra note 22, para. 83)。

²⁸ その内容は、「ドール・バナナはチキータ・バナナを世界市場から追い出す」という主旨の広告活動を展開するとともに、チキータ・バナナの販売量を順次低減させ、ドール・バナナの販売量を拡大するというものであった(*Id.* paras. 174-175)。

²⁹ See, *Commission Decision of 17 December 1975*, [1976] OJ L 95/09. なお、欧州委員会は供給拒絶以外にも、差別的価格設定、不当な高価格設定についても違法を認定した。

＜欧州司法裁判所の判断＞

①関連市場について

まず、製品市場に関して、UBC がバナナは果物市場の一部であり、りんごやオレンジといった他の果物と代替可能であるとともに店舗や陳列棚でこれら果物と競合していることから、製品市場は果物市場(fresh fruit market)であると主張したのに対し、裁判所は、他の果物が季節性を有しているのに対してバナナは年中供給可能であり、バナナが他の果物と競合するのは他の果物が店頭に並ぶ最盛期の間に限られるため、基本的に両者は競合関係にあるとは言えず、また代替可能であるとも言えず、バナナにはこれら他の果物とは区別される需要が認められることからバナナ単独で市場を画定し得るとした³⁰。

次に、地理的市場に関して、裁判所は欧州域内のうち、フランス・英国・イタリアの 3 ヶ国についてはバナナの流通に関して輸入統制や価格統制等が存在するため競争条件が均質(homogeneous)ではないことを理由に関連市場から除外し³¹、地理的市場は競争環境が均質とみなせる西ドイツ(当時)・デンマーク・アイルランド・ベネルクス 3 国の 6 カ国であるとした。

②支配的地位の認定について

裁判所は、市場支配的地位について「事業者によって享受される経済力を伴った地位であり、競争者、顧客、および最終消費者から相当程度独立して行動し得る十分な力により、関連市場における有効な競争を妨げることを可能にするような地位」³²と定義したうえで、UBC が支配的地位にあることを以下の理由により認定した。すなわち、i) UBC は、バナナの生産³³・包装³⁴・輸送³⁵・販売³⁶において高度に垂直統合された事業者であり、ii) 市場におけるシェアが直ちに支配的地位を認定するものではないものの³⁷、UBC は関連市場に

³⁰ See, United Brands, supra note 22, paras. 22-27.

³¹ フランスでは特別な輸入制限や、政府の小売価格監視制度によって市場に特別な障壁が存在した(Id. para. 47)。英国については、いわゆるコモンウェルス(Commonwealth)の特恵制度があり、旧植民地諸国からの輸入は政府により統制されていた(Id. para. 49)。イタリアでも同様に政府による輸入統制が敷かれていた(Id. para. 50)。これら 3 国については、UBC が国内業者と均等条件で競争できる環境ではないとして地理的市場から除外された。

³² Id. para. 65. なお、支配的地位に関するこの定義は今日でも参照される(See, Article 82 GP, infra note 204, para. 10 n.3)。

³³ UBC は中南米に自社の大規模農園(Plantations)を所有し、また、自然災害に対するリスク管理から大規模農園を分散して所有していた(See, United Brands, supra note 22, paras. 72-75)。

³⁴ UBC は包装に必要な設備・人員等を自在に調達する能力があった(Id. para. 78)。

³⁵ UBC は輸送に必要な船舶と鉄道を自社で所有していたため、毎週、欧州に陸揚げすることが可能であり、商業的安定性を保証していた(Id. paras. 80-81)。

³⁶ UBC は長年の研究によりバナナの品質を確保する技術的ノウハウを獲得し、熟成業者を通じて品質の高いバナナを「チキータ」ブランドとして販売することにより、市場での優位性を確立してきた(Id. paras. 82-87)。

³⁷ Id. para. 109. なお、市場シェア以外に競争者の数と圧力(the strength and number of the competitors)を考慮する必要があると説く(Id. para. 110)。

において常に 40～45%のシェアを維持しており³⁸、このことと UBC の事業能力の大きさを併せ考えれば、UBC が圧倒的な力を有していることは明白であり³⁹、iii)また、競争者が関連市場に参入するには巨大な投資が必要であると認められるところ、UBC には莫大な資本があること等を指摘し⁴⁰、UBC の支配的地位を認定した。

なお、UBC は自社のバナナ事業の業績が 1971 年から 76 年にかけて赤字であった反面、当該期間、競合は利益を上げており、支配的地位の本質が価格を維持する力にあるならば、赤字を計上した当社に支配的地位を認めるのは矛盾すると反論したのに対し、裁判所は「事業者の経済的力はその収益性のみで測れるものではない。利益率が低下するか、或いは、たとえ損失を生じている局面があったとしても、支配的地位の認定を妨げるものではないし、逆に大きな利益を生じていることだけをもって、有効競争が損なわれているともいえない」⁴¹として UBC の主張を斥けた。

③濫用行為の認定について

判決は、UBC の供給拒絶について「このような供給拒絶は消費者に不利益をもたらす形で市場を分断し、且つ、関連市場から取引事業者を排除する形で市場を分割する」ため、旧 EEC 条約 86 条の根拠規定である同 3 条 f 号(すなわち、「域内市場において競争が歪められることのないシステムを確立する」との目的規定)に反すると指摘し⁴²、域内市場の統合という理念に鑑みて、本件供給拒絶が不当な行為であることを論じる。

また、本件供給拒絶の競争への影響について、裁判所は「このような行為が積み重なることにより、支配的事業者との営業的な関係において、中小事業者の独立性(この独立性には競争者の商品を扱う権利を含む)が侵害される」⁴³ことを危険視し、「本件において、このような供給拒絶を容認することは、事業者が事業を存続するには支配的事業者にのみ依存すべきことを求めるものであり、関連市場における競争に深刻な逆効果(adverse effect)をもたらす」⁴⁴と述べ、他の熟成/販売業者に対して萎縮効果がもたらされることを懸念し⁴⁵、UBC の供給拒絶が容認されるべきものではないとの立場を示す。

そして、裁判所は「もし顧客からの注文が通常想定される範囲を逸脱しないものである

³⁸ UBC のシェアは 2 番手の Castle & Cooke よりも数倍のシェアを有し、3 番手以下の競合はさらに大きく引き離されていると認定している(Id. para. 111)。

³⁹ また、判決は「事業者が支配的地位を得るためには全ての競争機会を排除する必要はない」との認識を示しつつ(Id. para. 113)、本件では、現にデンマークやドイツにおいて大規模な広告キャンペーン、価格・リベートの販促合戦という活発な競争が残っているものの、競争者の行為はシェアを得るうえで有効に作用していないという状況を指摘し、部分的であれ競争状態が損なわれていることを問題視する(Id. paras. 114-117)。

⁴⁰ Id. paras. 121-122.

⁴¹ Id. para. 126.

⁴² Id. para. 183.

⁴³ Id. para. 193.

⁴⁴ Id. para. 194.

⁴⁵ 判旨は、UBC が本件のような制裁を行うことにより、他の熟成/販売業者が競合ブランドの広告を支援する意欲を削がれてしまうことを指摘し、制裁行為に伴う萎縮効果(deterrent effect)が市場に与えるマイナスの影響を懸念する(Id. para. 192)。

ならば、支配的地位にある事業者は、消費者から認知され評価されている製品を販売する上で、通常取引慣行に基づき長年関係を維持してきた顧客に対して供給を止めることは許されない」⁴⁶と説示し、長期間取引関係にある取引先に対して契約を解除すること(すなわち、継続取引の拒絶)は濫用行為にあたるとの判断を示した。

なお一方で、判決は、「もし攻撃を受けたならば、支配的地位にある事業者は自身の商業上の利益を守る権利が与えられているが⁴⁷、そのような事業者は自身の利益を守る上で合理的な手順を踏まねばならず、もしそのような行為が支配的地位を強化し濫用を伴うものである場合には当該行為は許されない」⁴⁸と述べ、支配的事業者の行為が正当化される場合についての考え方を明らかにしつつ、本件では供給拒絶を正当化し得る妥当な論証がなされていないとして UBC に違法の責任が帰するとした。

<検討>

本判決は、通常取引慣行に基づき長期間継続的な取引関係にあった事業者(顧客)に対して取引を拒絶すること、および、このような排他的行為により競争状況に萎縮効果を生起させることは濫用行為として違法となるとの立場を採る⁴⁹。この立場は、正当化事由がない限り、支配的事業者は相手先事業者に供給義務を負うとした **Commercial Solvents** 事件判決と立場を同じくするものであり、域内市場を関連市場とする事案において、継続取引拒絶は消費者に不利益をもたらす形で市場を分断し、且つ、関連市場から取引事業者を排除する形で市場を分割するため「域内市場において競争が歪められることのないシステムを確立する」ことを規定した旧 EEC 条約 3 条 f 号に違反し、従って、同条同号を根拠規定とする同 86 条の適用において当該継続取引拒絶は濫用行為として「原則的に違法」と判断する立場が EC 成立初期の段階で既に確立されていたことをうかがわせる。

また、支配的事業者の側において違法推定(原則違法)を覆す抗弁となるのが正当化事由による反証であり、この当時、継続取引拒絶の違法性判断は正当化事由の存否に求められていたと解される。

この点に関し、本判決によれば、正当化事由の成立要件として、対抗措置が比例的(proportionality)であること⁵⁰、および、手順が合理的(reasonable steps)であることが掲げられており、本件事案に則して考えれば、UBC による供給拒絶は対抗措置としては過剰であり、テレックスによる Olesen 社への一方的な供給停止通知は手順として不合理であるた

⁴⁶ Id. para. 182.

⁴⁷ 攻撃に対する支配的事業者の応戦が比例的であれば正当なものとして容認されるとする(Id. para. 190).

⁴⁸ Id. para. 189.

⁴⁹ この立場に関して、越智弁護士は、本件供給拒絶に対して裁判所がフランス法上の長期的取引関係にある取引先・販売店を保護する理論(長期顧客保護理論: long standing customer theory)を EC 法に適用したものであるとの見方を示すとともに、日本法における継続取引の終了に関する信頼関係理論に類似したものであるとの見方を示す(参照 越智・前掲注 25, 554 頁)。

⁵⁰ いわゆる比例原則であり、ドイツ法上の公益理論において、公共の利益を実現する上で、公権力は市民に対して必要以上に義務を負わせるべきではない(義務負担は比例的であるべきである)という概念を EC 競争法に適用したとの見方がある(See, D.G.Goyder, "EC Competition Law 5th ed.", 338 (2009)).

め、正当化事由は成立し得ず、違法認定が妥当する⁵¹。

なお、本判決は UBC による供給拒絶を違法と認定しない場合、競争への影響として他の熟成/販売業者が萎縮してしまうことを懸念しており、このことから、裁判所や競争当局が市場に積極的に介入することによって、自由放任ではなく主体的に競争秩序を維持・形成して行くことを志向する姿勢がうかがえる。

前記二つの判例は、市場支配的地位にある事業者が正当な理由なく競争者もしくは顧客との継続取引を拒絶することは濫用行為として違法となることを示したパイオニア的判例であり、これら判決以降に争われた継続取引拒絶事案においても同様の判断枠組みが認められる。

例えば、Télémarketing 事件判決⁵²(1985 年)は、テレマーケティング事業⁵³を営む原告 Centre Belge 社(以下、CB 社という)が、テレビショッピングの広告表示に際して自社の電話番号の継続使用を拒絶された事案であり、テレビ局を運営する Compagnie Luxembourgeoise 社(以下、CL 社という)とその関連会社である広告代理店の Information Publicite 社(以下、IP 社という)を被告として訴えた事案である。本件で CL 社はルクセンブルクで唯一のテレビ局運営会社であり、CB 社は 1982 年以降、CL 社の運営するテレビ局を通じてテレマーケティング事業を展開していた。翌 83 年に CL 社の専属広告代理店である IP 社は、CB 社に対してテレマーケティングに関する独占権を 12 ヶ月間付与し、CB 社は CL 社の運営するテレビ局を通じて自社の電話番号をテレビ画面に表示していたところ、期間の満了に伴い IP 社より IP 社の提供する電話番号以外の広告表示は認めない旨の通知を受けたため、CB 社が旧 EEC 条約 86 条(現 EU 機能条約 102 条)に基づき IP 社および CL 社に対して訴えを提起した⁵⁴。

欧州司法裁判所は本件で濫用行為を認定するに際して、Commercial Solvents 事件判決を参照し、同様の法律構成を行っている。すなわち、Commercial Solvents 事件で原材料市場において支配的地位を有する CSC が、原材料の供給を拒絶することにより、製品市場から Zoja を排除しようとしたことと、本件でテレビ広告市場において支配的地位を有する CL 社および IP 社が、電話番号の継続使用を拒絶することにより、隣接市場であるテレマーケティング市場から CB 社を排除しようとしたことを等置して捉え、「もし、このような拒絶がテレビ特有の技術的または商業的必要性により正当化し得ず、また、テレマー

⁵¹ Korah によれば、UBC が供給を停止する前に Olesen 社に協議を申し入れ、協議の内容を記録し、4 年もの間、供給を拒絶することをしなければ正当化事由が成立したとの見方を示す(See, Korah, *supra* note 18, at 174)。

⁵² Case 311/84 CBEM v. CLT and IPB (‘Télémarketing’) [1985] ECR 3261, [hereinafter, ‘Télémarketing’]。

⁵³ テレマーケティング事業とは広告(本件ではテレビ広告)に電話番号を表示して、顧客からの電話による注文に応じる販売システムであり、実施事業者は電話番号および電話オペレーターを準備・提供する(*Id.* para. 3)。

⁵⁴ なお、本件は旧 EEC 条約 177 条(現 EU 機能条約 267 条)に基づき、加盟国裁判所(ベルギーの商事裁判所)が欧州司法裁判所に対して旧 EEC 条約 86 条の解釈を求めた先行判決である。

ケティング事業を関連会社である代理店に確保することを意図したものであるならば、(テレマーケティング市場で事業することを望んでいる)他の事業者から全ての競争を排除するおそれがあるため、このような行為は 86 条によって禁止される濫用に該当する(カッコ内筆者注)」⁵⁵と述べ、先例としての *Commercial Solvents* 事件判決の判旨に沿った解釈を与えつつ濫用行為を認定している。

《小括》

このように、市場支配的事業者による「単独・直接の継続取引拒絶」および「単独・直接の継続取引拒絶(顧客)」を濫用行為と認定した初期の判例においては、市場支配的事業者は、原則的に既存の取引先である相手先事業者に対して取引義務を負い、正当な事由が無い限り継続取引を拒絶することは許されないという立場が採られている。また、そこで示される継続取引拒絶の違法根拠は、旧 EEC 条約の目的規定であり 86 条の根拠規定でもある 3 条 f 号(すなわち、域内市場において競争が歪められることのないシステムの確立)への抵触であり、域内市場の統合という理念に鑑みて、市場支配的事業者が継続取引を拒絶することにより関連市場から取引事業者を排除し有効な競争を阻害する点に濫用行為としての違法根拠が求められている。

すなわち、経済主体を減少させる行為は域内関連市場における有効な競争を阻害する濫用行為であり、競争者や競争単位としての中小事業者を排除に至らしめる継続取引拒絶は原則違法とする形式的な違法性判断アプローチが認められるとともに、この違法性判断アプローチにより市場支配的地位の濫用行為規制は必然的に競争者保護的な性格を帯びるものと思料される。

1－3．継続取引拒絶規制の新たな動向

一方、これまでに見てきた判決とは異なる視角から継続取引拒絶を濫用行為として違法構成したのが欧州委員会による *British Midland* 事件決定である。本件で、欧州委員会は「能率競争(competition on the merits)」の概念を援用することにより、取引拒絶の違法性を認定している。

1－3－1．*British Midland / Aer Lingus* 事件決定⁵⁶(1992 年) 【Type A】

<事実の概要>

⁵⁵ See, *Télémarketing*, supra note 52, para. 26.

⁵⁶ *British Midland / Aer Lingus* [1992] OJ L96/34, [hereinafter, 'British Midland'].

本件では、アイルランドの航空会社である Aer Lingus 社(以下、「AL 社」という)が、英国の航空会社である British Midland 社(以下、「BM 社」という)に対して、ロンドン(ヒースロー)＝ダブリン間(以下、「本件路線」という)のインターライン(interline)を拒絶したことが旧 EEC 条約 86 条に違反するか否かが争われた。

インターラインとは航空会社間のチケット相互利用サービスであり、インターラインに参画する航空会社間であれば、利用者は予約の変更や搭乗する航空会社の変更を容易に行うことが出来るサービスシステムである。特に航空機を利用する頻度が高いビジネス客にとってインターラインは付加価値の高いサービスとして支持されていたため、航空各社はネットワーク構築と就航便数を補完するシステムとしてインターラインを非常に重要視するとともに、インターラインを確保できない状況においては深刻なハンディキャップを負うことを認識していた。

1964 年以降、AL 社と BM 社はインターラインに基づく協業関係にあったが、1989 年 2 月に BM 社が本件路線への就航を同年 4 月から開始すると発表したところ、AL 社が BM 社に対してインターラインを解消し、本件路線のチケット相互利用も拒絶した。なお、AL 社は他の航空会社とはインターラインを解消せず、本件路線においては British Airways 社(以下、「BA 社」という)と協業関係を維持していた。

<欧州委員会の判断>

欧州委員会は本件における関連市場を本件路線と画定したうえで⁵⁷、AL 社の市場支配的地位を認定している。すなわち、AL 社は本件路線で常に高いシェアを維持しており、インターラインを拒絶した時点で 75%のシェアを有していたこと⁵⁸、および、AL 社はアイルランドのフラッグ・キャリアとしての地位にあり、本件路線におけるアイルランド国民からの支持が厚く、たとえインターラインを拒絶したとしても旅行代理店やビジネス客からの不満に影響を受けることなく事業活動の自由を享受していたこと等を理由として支配的地位を認定した⁵⁹。

次に、濫用行為の認定に際して、委員会は「インターラインの拒絶は通常の能率競争に基づくものではない(Refusing to interline is not normal competition on the merits.)」との見方を示し、「インターラインは、航空会社と旅客の双方にとって有益であると広く認め

⁵⁷ 欧州委員会は、英国とアイルランドが域内市場の実質的部分を占め、本件路線であるロンドン(ヒースロー)＝ダブリン間が欧州域内において最も繁忙する路線の一つであり、その路線売上が 1 億 ECU と見積もられ、本件路線でインターラインの拒絶により非常に多くの旅客が影響を被ることから、本件路線を市場として画定した(Id. para. 17)。

⁵⁸ Id. para. 18. なお、BM 社が本件路線に参入することを表明し、これを受けて AL 社が BM 社に対してインターラインを拒絶した時点で本件路線に就航していた航空会社は AL 社と BA 社の 2 社のみであり、それぞれ 75%と 25%のシェアを有していた。また、BM 社が本件路線に参入した初年度のシェアは、BM 社が 15%を獲得する一方で、AL 社は 64%に、BA 社は 21%にそれぞれ減少し、1991 年にはシェアが 10%にまで低下した BA 社が本件路線から撤退するとともに、BA 社から営業権を譲渡された AL 社はシェアを 75%まで回復させた(Id. para. 9)。

⁵⁹ Id. paras. 20-23.

られ、長年にわたって産業上の慣習として受け入れられてきた」ことを踏まえ、「インターラインの拒絶は、為替リスクや信用リスクを理由とするものではない限り、著しく異常な手段であり、欧州の航空産業において通常の競争戦略であるとは考えられない」と指摘する⁶⁰。ここで欧州委員会は「競争＝能率競争」と定位し、能率競争に反する行為としてインターラインの拒絶を捉え、当該拒絶行為は競争手段として適切ではなく、不当な排除行為であると観念する。

もっとも、委員会は、新規のインターラインの申込拒絶と既存のインターラインの継続拒絶はともに競争の維持・促進を妨げるとの認識を示しつつも、インターラインの義務を課すか否かは、インターラインの拒絶が競争に及ぼす影響により判断されるとし、他の航空会社のサービス開始やサービス継続に重大な影響を及ぼす場合、乃至は、特定の競争者への助力を避けたいという理由のほかに客観的な商業上の理由が存在しない場合にインターラインを強制する必要があるとの考えを示す⁶¹。

また、委員会は「インターラインの拒絶は、競争者に著しいコスト負担を課す場合に、競争の維持・促進を妨げる」との認識のもと、もしAL社がインターラインを継続していたならば、BM社はより低いコストで、より高い利益を実現できていたであろうし、競争者としてより強力で、より一層成功していたはずであり、AL社によるBM社へのインターラインの拒絶は、競争の促進を妨げる目的でなされたものであるとの見方を示しつつ⁶²、「他社に及ぼす影響」については、これを「ライバルにおける費用引上げ」であるとし⁶³、能率競争に反する形で競争者に不当に費用負担が強えられることにより、「あり得た競争状態」が弱められることを違法視する。

そして結論として、欧州委員会は、本件におけるインターラインの拒絶は、本質的に競争者のコストを増大させ、且つ、利益を減少させることにより深刻なハンディキャップを課すことにあり、AL社はインターラインの拒絶によって効率性を実現できたわけでもなく、また、旅客の利便性を向上できたわけでもなく、或いは、当該行為についてビジネス上の正当化事由があるわけでもないことから、86条に違反する濫用行為として認定した⁶⁴。

<検討>

本決定の特徴は、あるべき競争を能率競争と捉え、能率競争に反する形で競争者の費用を引上げる行為を反競争的な行為と捉えている点に見出せる。そしてこの特徴の含意する

⁶⁰ Id. para. 25.

⁶¹ Id. para. 26.

⁶² Id. paras. 28-29.

⁶³ いわゆる「ライバル費用引上げ戦略(RRC : Raising Rivals' Costs)」の概念であり、人為的な排除行為の悪性を基礎付けるべく、Salopらにより提唱されてきた理論枠組みである(Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, 'Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price', 96 Yale L.J. 209 (1986))。この概念は「自己の効率性を増大させる努力等の反映ではなく、相手方の効率性を害する行為の結果、競争者からの競争上の抑制をなくし、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす戦略」と説明され(参照 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌 139 巻 6 号(有斐閣・2009 年) 597 頁)、本稿にいう「不当なライバル費用引上げ」として観念される。

⁶⁴ See, British Midland, supra note 56, para. 30.

ところは、従来、域内市場の統合という理念に鑑みて、市場支配的事業者が継続取引を拒絶することにより関連市場から中小事業者を排除し有効な競争を阻害・歪曲する点に濫用行為としての違法根拠を求め、当該取引拒絶を形式的に違法(原則違法)と認定してきたこれまでの立場とは異なり、能率(efficiency)といった経済学的な概念を援用することによって、当該取引拒絶が競争状態へ及ぼす影響(ひいては、効率性の実現や消費者利益の向上)を評価・考慮し、ケース・バイ・ケースで弾力的な判断を行うことを志向する立場に立ったものと思料される。

この点に関し、EU 競争法において能率競争という観点から支配的地位の濫用規制を行った先例としては Hoffmann-La Roche 事件判決⁶⁵(1979 年)、および AKZO 事件判決⁶⁶(1991 年)があり、前者においては「取引慣行に基づく通常の競争条件とは異なる手段を用いることにより、競争状態を維持することを妨げ、或いは、競争の成長を妨げる」ことは濫用であると説かれ⁶⁷、後者においては「86 条は、支配的事業者が品質に基づかない競争手段を用いることにより競争者を排除すること、及びその地位を強化することを禁止する」と説示され⁶⁸、能率競争、すなわち競争過程の保護⁶⁹が EU 競争法の目的として意識されていることをうかがわせる。

この能率競争を競争法の保護法益と捉える立場は、米国の独占化行為規制と同様の立場であり、また、能率競争に基づかない違法な競争手段として不当なライバル費用引上げを観念する立場も米国と共通する⁷⁰。

では、EU における継続取引拒絶規制は、域内市場の分断および競争歪曲という形式的な違法性判断ロジックにより原則違法としてきた従来のアプローチを改め、米国のように経済学的知見(効率性や合理性に基づく各種テスト等)をもとに違法性を判断するアプローチに移行したと言えるのであろうか。また、違法性判断基準ないし違法要件は、従来の要件を維持しつつ補完的に新たな判断要素が考慮されるのか、それとも、従来の要件に加え新たな要件をも必要とされるのか、或いは、従来の要件を見直しつつ新たな要件が定立されたのであろうか。

⁶⁵ See, Hoffmann-La Roche, supra note 23.

⁶⁶ Case C-62/86, AKZO v. Commission, [1991] ECR I -03359, [hereinafter, 'AKZO'].

⁶⁷ See, Hoffmann-La Roche, supra note 23, para. 91.

⁶⁸ See, AKZO, supra note 66, para. 70. 本件は市場支配的事業者である AKZO 社の価格設定行為が略奪的であるとして 86 条に違反するとされた事案であるが、判決は「価格を手段とする競争の全てが正当とみなされるわけではない(not all competition by means of price can be regarded as legitimate)」として、適切な価格と適正な品質の双方を実現することを能率競争と定位し、能率競争に基づかない競争手段は違法であると説く(Id.)。

⁶⁹ 川濱教授によれば、「競争過程」とは「事業者が市場において顧客を獲得すべく、よりよい取引条件と品質等を呈示しあう活動(競争活動)が集積する過程」であり、「商品役務の費用を低下させたり、提供する商品役務の魅力を増す」ことを追求する過程であるとされ、このことから競争過程は能率競争(competition on the merits)概念と実質的に同一視し得るものと解される(参照 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(二)」民商法雑誌 139 巻 4・5 号(有斐閣・2009 年) 440 頁、川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣・1999 年)354 頁)。

⁷⁰ 米国における能率競争概念とライバル費用引上げに関する議論は、第 4 章 第 4 節を参照。

以下では、EU における市場支配的地位の濫用行為規制の再検討と、単独・直接の継続取引拒絶の違法性判断基準の在り方について、最近の競争当局や学説、および裁判所の動向を踏まえて検討する。

第2節 欧州委員会による市場支配的地位の濫用行為規制の「現代化」の試み

2-1. 競争総局 82 条ディスカッションペーパーによる問題提起

2005 年 12 月、欧州委員会競争総局は、「排他的濫用行為に対する条約 82 条の適用(the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses)」と題するディスカッションペーパー⁷¹(以下、「82 条 DP」という)を公表し、市場支配的地位の濫用行為規制⁷²について「現代化(modernization)」を行う意向を表明した⁷³。ここに言う「現代化」とは、消費者厚生拡大、経済効率性の向上を重視するアプローチへの転換を意味し⁷⁴、競争法執行に際して、近年著しい進展をみせる経済分析の役割を重視することにより、法運用の透明性と予見可能性を高めることを志向するものであり⁷⁵、米国において展開された反トラスト法の「現代化」と同じ視座を有するものである⁷⁶。

予てより EU における市場支配的地位の濫用行為規制に対しては、「競争ではなく競争者

⁷¹ ‘DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses’, December 2005, [hereinafter, ‘Article 82 DP’], available at www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html.

⁷² 82 条 DP で検討対象とされている濫用行為は排他的行為(具体的には、略奪価格、不当なリベート、抱き合わせ、供給拒絶)であり、搾取的行為(不当な高価格設定)や差別的行為(差別的取扱い)は対象外とされている(Id. para. 3)。

⁷³ なお、82 条 DP は排他的濫用行為規制の在り方に関する競争総局としての試案であり、82 条 DP にて示された内容で競争法執行を予定するものではなく、有識者からのパブリック・コメント等を考慮した上で、改めてガイダンスの公表を予定するものである(ガイダンスは 2009 年 2 月 9 日に採択・公表されており、本章後段にて検討)。

⁷⁴ 参照 市川芳治「EU 競争法の規範的考察に関する一試論(上)」公正取引 714 号(2010 年)74 頁。

⁷⁵ 82 条 DP を公表した当時の欧州委員会競争政策担当委員である Neelie Kroes は、競争政策を推進するにあたり、経済学的に信頼できる枠組みが必要であり、より体系的で透明性のある分析枠組みを用意し、企業にとって予見可能な違法性判断基準を提示する必要があると述べる(ネリー・クルース「欧州委員会における市場支配的事業者の排他的濫用行為に対する規制の見直し」公正取引 667 号(2006 年)37~38 頁)。

⁷⁶ 欧州委員会は 82 条(市場支配的地位の濫用行為規制)の「現代化」に先行して、81 条(現 EU 機能条約 101 条(協調行為規制))と合併規制において「現代化」の意向を表明しており、審査手法として経済分析を重視すること、および、消費者利益の向上と経済効率の達成を審査基準とする規制方針が示されている(‘Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty’, [2004] OJ C101/97; ‘Guidelines on the assessment of horizontal mergers’, [2004] OJ C31/5)。

⁷⁷ 2008 年 9 月 8 日に米国司法省により公表された「競争と独占：シャーマン法 2 条における単独行為」と題するレポートは、経済学的な知見を踏まえ競争政策上の論点となる各種単独行為について司法省の見解を取りまとめたものであり、シャーマン法 2 条の執行方針が提示された(U.S. Department of Justice, ‘Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act’, [hereinafter, ‘U.S.D.O.J Report § 2’] available at: www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm)。なお、ブッシュ政権下で策定された本レポートは、オバマ政権発足により新たに就任した司法省反トラスト局長により撤回された(その概要は第 5 章 第 3 節を参照)。

を保護するため」の法規範であるとの指摘や⁷⁸、「特別の責任」論に基づく濫用行為規制は経済学的観点からは過剰規制であるとの批判が寄せられており⁷⁹、82 条 DP の狙いは、このような指摘・批判に対して 82 条の目的を明確化するとともに⁸⁰、当該目的に整合的で一貫した判断根拠を確立することにあった⁸¹。

＜旧 EC 条約 82 条(現 EU 機能条約 102 条)の「目的」の再定義と執行方針の再検討

：「外形主義」から「効果主義」へ＞

82 条 DP によれば「排他的濫用に関する 82 条の目的は、消費者厚生を高め、且つ、資源の効果的な配分を促すために市場における競争を保護することである(With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.)」⁸²と定位され、「有効な競争は低価格や高品質な製品、商品・サービスの幅広い選択肢、そして技術革新といった消費者利益をもたらす」⁸³との理解から、82 条の執行に際しては「市場に対して見込まれる効果(the likely effects on the market)に依拠したアプローチを適用する」⁸⁴ことを提案する。

従来、とりわけ欧州司法裁判所においては、事象の評価・分析に際して目的論的解釈⁸⁵が志向され、旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号の目的規定(すなわち、域内市場において競争が歪められることのないシステムの確立)への抵触をもって違法とする「外形基準規制(form-based regulation)」の立場(以下、この立場を「外形主義」という)が採られてきたが⁸⁶、82 条 DP

⁷⁸ See, Whish, *supra* note 16, at 191.

⁷⁹ Christine A. Varney, 'Striving for the optimal balance in antitrust enforcement: Single-firm conduct, antitrust remedies, and procedural fairness, Remarks as Prepared for The Council on Foreign Relations', New York, October 8, 2009.

⁸⁰ 予てより 82 条の「目的」に関しては、「競争歪曲(competitive distortion)」からの保護と「消費者厚生(consumer welfare)」の増大という二つの異なる概念を巡って論争が展開されており、82 条 DP は消費者厚生を増大を法目的として提示したものであるとされる(See, David J. Gerber, 'The Future of Article 82: Dissecting the Conflict', *European Competition Law Annual* 2007, at 37 (2008), [hereinafter, 'Gerber']).

⁸¹ このような「現代化」の背景には、米国を先駆けとする経済学重視の法システムとの調整という国際的なハーモナイゼーションの要請と、EU 内部からの要請として、従来の目的規定(旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号)への抵触をもって違法とする外形基準規制(後述)ではなく、事象解明に説得的な経済分析を用いることにより、より客観的な判断根拠を提示する効果基準規制(後述)の必要性が認識されてきた経緯があるとの指摘がある(参照 市川芳治「EU 競争法の規範的考察に関する一試論(中)」公正取引 715 号(2010 年)50 頁)。また、EU 競争法の目的から市場統合という要素が薄れていった結果、消費者厚生重視にシフトしていったとの見方もある(Lars-Hendrik Roller and Oliver Stehmann, 'The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach', 29 *Review of Industrial Organization*, at 281 (2006), [hereinafter, 'Roller & Stehmann']).

⁸² See, Article 82 DP, *supra* note 71, para. 4.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ EU 競争法は、究極的には、EU が目指す市場の競争秩序を形成、機能させるための手段として位置付けられ、歴史的に、欧州司法裁判所は目的規定である旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号に照らして違法性の判断を示してきたとされる(参照 市川・前掲注 74, 73 頁)。

⁸⁶ 例えば、United Brands 事件判決では、市場支配的事業者の供給拒絶は「消費者に不利益をもたらす形で市場を分断し、且つ、関連市場から取引事業者を排除する形で市場を分割する」ため旧 EC 条約 3 条 1

はこの立場の見直しを企図するものであり、消費者厚生や経済効率性といった経済学的に有意義な価値の増大を 82 条の目的と捉え⁸⁷、これら経済学的価値基準を違法性判断に際して重視すべきとする「効果基準規制(effect-based regulation)」の立場(以下、この立場を「効果主義」という)への移行を志向するものである⁸⁸⁾⁸⁹⁾⁹⁰。

また、82 条 DP によれば、欧州司法裁判所も効果主義の立場から市場支配的地位の濫用を認定してきたとの認識を示し⁹¹、その嚆矢となった判例が Hoffmann-La Roche 事件判決であると指摘しつつ⁹²、同判決が能率競争(competition on the merits)に基づかない行為を反競争的行為であると定位⁹³したことを手掛かりに、能率競争に基づかないライバル費用引上げ(raising rivals' costs)行為を典型的な排他的行為と捉える⁹⁴。

さらに、このように 82 条の目的を再定義することに伴い、執行方針の基本スタンスにも変更が見受けられる。すなわち、従前の有効競争論を基礎とする外形主義的な執行方針の下では競争単位を減少させる排他的行為は原則的に競争構造を歪曲する濫用行為と定位さ

項 g 号に反するとして違法認定し(See, United Brands, supra note 22, para. 183)、近時においても British Airways 事件の法務官意見では、「域内市場の競争を歪曲から保護する(旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号)という目的に反すれば直ちに」濫用として認定するとした(Opinion of Advocate General Kokott, delivered on 23 February 2006, paras. 68-69)。

⁸⁷ 効率性や消費者への影響を推察する際には、短期的な影響のみならず、中長期的な影響をも考慮すべきとする(See, Article 82 DP, supra note 71, para. 55)。

⁸⁸ 従って、本稿以下で、「外形主義」ないし「外形主義的アプローチ」とは、「ある特定の行為について、当該行為の市場に及ぼす効果(経済効率性や消費者厚生)を評価するのではなく、当該行為が競争過程を歪曲する性格を伴うものであると認められる場合(例えば、EU 競争法においては旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号(目的規定)へ抵触するものであると認められる場合)、当該行為の類型に合致する限りで違法を推定するアプローチ」と観念する。また、「効果主義」ないし「効果主義的アプローチ」とは「ある行為について、当該行為の市場に及ぼす効果(経済効率性や消費者厚生)を個別に評価することにより違法/適法を推定するアプローチ」と観念する。

⁸⁹ 82 条 DP では「排他的行為を分析する際の 82 条の本質的な目的は、資源の効率的な配分を保障し、消費者の厚生を高めるべく市場における競争を保護することである(The essential objective of Article 82 when analyzing exclusionary conduct is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.)」(para. 54)と述べられているが、この点に関し、Ahlborn & Padilla によれば、「市場における競争を保護すること」の部分には伝統的なオールド自由主義的競争観が反映されているとの見方を示しつつ、82 条 DP は競争過程を保護することそれ自体を目的としているのではなく、イノベーションや品質向上あるいは低価格によってもたらされる消費者厚生を増大を目的としていると指摘する(See, Christian Ahlborn and A. Jorge Padilla, 'From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law', European Competition Law Annual, at 84 (2008), [hereinafter, 'Ahlborn & Padilla']。

⁹⁰ なお、本稿では“form-based regulation”と“effect-based regulation”をそれぞれ「外形基準規制」「効果基準規制」と訳称するが、これは滝川教授の表記に倣った(参照 滝川敏明「EU の垂直的制限規制—日本の規制への示唆—」公正取引 736 号(2012 年)39 頁)。なお、同義の意味合いで“form-based approach”および“effect-based approach”と表記される場合もあり、それぞれ「形式中心主義」「効果中心主義」と訳称される(矢部丈太郎編『独占禁止用語 和英辞典』公正取引協会(2012 年)64 頁, 78 頁)。

⁹¹ See, Article 82 DP, supra note 71, para. 57.

⁹² Id.

⁹³ See, Hoffmann-La Roche, supra note 23, para. 91.

⁹⁴ この文脈において、欧州委員会は効果主義の視角から能率競争概念を理解する(See, Article 82 DP, supra note 71, paras. 58-60)。また、能率競争に基づかない行為を排他的・反競争的であると認定した近時の事案としては、特許権を濫用し支配的地位を強化した AstraZeneca 事件決定(Case COMP/A.37.507/F3-AstraZeneca, Commission decision AstraZeneca of 15.06.2005)がある。

れ、このことが競争者保護ないし過剰規制の批判を甘受する要因であったところ、経済学的厚生論を基礎とする効果主義的な執行方針の下では非効率な競争単位が排除されることは許容されるべきものであり⁹⁵⁾⁹⁶⁾、また、消費者厚生 of 減少や経済効率性の低減といった証拠が無い限り当局は介入に慎重であるべきとの姿勢を示す⁹⁷⁾。

＜適用可能な抗弁、とりわけ効率性の抗弁について＞

82 条 DP によれば、支配的事業者は排他的行為について客観的正当化事由(objective justification)、もしくは効率性(efficiency)を示すことにより抗弁(defence)が可能であるとする⁹⁸⁾。

客観的正当化事由には「客観的必要性の抗弁(objective necessity defence)」と「競争対抗上の抗弁(meeting competition defence)」があり、前者については製品の安全性や衛生面等を理由として排他的行為に及ぶ場合、支配的事業者は当該行為の不可欠性を示さねばならないとし⁹⁹⁾、後者については専ら価格設定行為に対して適用可能な抗弁であり、比例原則(proportionality test)に従うとする¹⁰⁰⁾。

他方、効率性の抗弁(efficiency defence)を主張する場合、支配的事業者は以下 4 つの条件を満たすことを証明せねばならないとする。すなわち、

- ①：効率性が行為の結果として実現され、もしくは実現される見込みがあり¹⁰¹⁾、
- ②：当該行為がこれら効率性を実現するうえで必要不可欠であり¹⁰²⁾、

⁹⁵⁾ 82 条 DP は、82 条の本質的な目的を消費者厚生 of 増大と資源の効率的な配分に再定義することを踏まえ、「このことは、競争者ではなく競争を保護することを意味する(This means that it is competition, and not competitors as such, that it to be protected.)。」と明言する(See, Article 82 DP, supra note 71, para. 54)。

⁹⁶⁾ Id. para. 63. 同様に、クルース委員(当時)は「競争政策の観点からは非効率な競争者を支配的企業の攻撃的な価格設定から保護する必要はない」との考えを示し、価格設定行為の審査において非効率な競争者の排除は容認されるとの立場を採る(参照 ネリー・クルース・前掲注 75, 39 頁)。

⁹⁷⁾ 参照 ネリー・クルース・前掲注 75, 37 頁。また、クルース委員(当時)は単独行為規制の執行は、「実際にマーケットに制限的效果が出ている、又はそのおそれがある、消費者に実害があるかどうかで判断される」と述べ、当局は証拠に基づき慎重に介入すべきと説く。

⁹⁸⁾ また、その証明責任は支配的事業者側にあるとする(See, Article 82 DP, supra note 71, para. 77)。

⁹⁹⁾ 客観的必要性の抗弁の妥当性が争われた判例として、例えば Hilti 事件判決(Case T-30/89 Hilti AG v. Commission [1991] ECR II-1439, para. 118)や、Tetra Pak II 事件判決(Case T-83/91 Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II) [1992] 4 CMLR 551, paras. 83-84 and 138)があり、前者においてはネイルガン(釘打銃)の支配的事業者である Hilti 社が釘とカートリッジを抱き合わせした行為に関して、被告 Hilti 社より安全性の観点から抗弁がなされ、後者においては殺菌包装の支配的事業者である Tetra Pak 社が包装用カートンと充填機械とを抱き合わせした行為等に関して、被告 Tetra Pak 社より公衆衛生保護の観点から抗弁がなされたが、両判決とも被告の抗弁は認められず違法と認定された。

¹⁰⁰⁾ United Brands 事件判決は、市場支配的事業者が防御手段として競争対抗上の抗弁を主張することは認められると説示した判決であるが、同判決において被告の行為は比例的ではないとして抗弁を棄却した(United Brands, supra note 22, paras. 189-190)。

¹⁰¹⁾ 具体的には、製品の製造や流通の改善に貢献し、技術的・経済的發展を促すことであり、品質向上やコスト低減等がここにいう“効率性”として想定される(See, Article 82 DP, supra note 71, para. 85)。

¹⁰²⁾ 支配的事業者は市場環境や事業特性を考慮した上で、当該行為以外に経済的に実行可能な代替策や、よ

- ③：これら効率性が消費者の利益となり¹⁰³、
④：製品の実質的部分に関する競争が排除されないこと¹⁰⁴。

このように、82 条 DP は従来の客観的正当化事由による抗弁に加え、効率性の抗弁を適用可能な抗弁として提示し、違法性を審査する司法的判断過程に消費者利益や効率性といった経済学的価値基準を採り入れることで、主張・立証および反論・反証のプロセスに一貫性と透明性を持たせることを志向する。

＜非価格ベースの排他的行為規制、とりわけ供給拒絶規制について＞

82 条 DP は、価格に基づかない非価格ベースの排他的行為(non-price based exclusionary conduct)として、契約上の抱き合わせ(contractual tying)、単一ブランド取扱い強制(single-branding obligation)、そして供給拒絶(refusal to supply)を具体的行為類型として掲げる¹⁰⁵。これら非価格ベースの排他的行為に対しては、行為類型毎に、且つ、個別事案毎に違法性を審査するアプローチが採られている¹⁰⁶¹⁰⁷。

本稿の主たるテーマである単独・直接の取引拒絶に関しては、川上市場における支配的事業者が川下市場でも事業活動を行っており、川上市場における当該支配的事業者が川下市場の事業者(すなわち、川下市場で競合する競争者(潜在的競争者をも含む)を経済活動から排除する目的で投入要素へのアクセスを拒絶する「垂直的排除行為(vertical foreclosure)としての供給拒絶」をその典型例として問題視しており、川上市場の支配的事業者が投入要素へのアクセスを拒絶することにより、事業者が川下市場から排除され、或いは参入を

り競争制限的ではない代替策が無いことを証明しなければならないとする(但し、仮定的代替策や理論的代替策まで求めるものではなく、実現可能で到達可能な代替策が存在するか否かが審査されるとする(Id. para. 86))。

¹⁰³ 支配的事業者は排他的行為によってもたらされる効率性が、競争におけるマイナス効果と消費者に及ぼす損害を上回ることを示す必要があるとし、支配的事業者に比較衡量を求める (Id. paras. 87-89)。

¹⁰⁴ この要件に関し、事業者間の競争関係こそが経済効率性の本質的要素であるとの理解から、競争が排除される状況は許容されず、究極的には競争関係および競争過程の保護は効率性の最大化よりも優先されたとの認識を示す(Id. para. 91)。なお、この第 4 要件にはオールドー自由主義の考え方が反映されていると指摘しつつ、消費者厚生を判断基準とすることが貫徹されていないとの批判がある(See, Ahlborn & Padilla, supra note 89, at 84, 86-87)。

¹⁰⁵ See, Article 82 DP, supra note 71, para. 73 Table 1.

¹⁰⁶ 例えば、供給拒絶の違法審査においては「供給拒絶において事業者の行為が濫用であると証拠付ける要素は、事案が生じた経済環境や規制状況に大きく依存する」として事案毎の個別的な特性に留意し、事実認定や経済状況の精査を経由した場合にのみ 82 条に基づく供給義務を課することができると慎重な姿勢を示す(Id. para. 214)。

¹⁰⁷ 一方、82 条 DP は、価格ベースの排他的行為(price based exclusionary conduct)として、略奪価格(predatory pricing)、忠誠リベート(loyalty rebates)、バンドリング(mixed bundling)、利益圧搾(margin squeeze)を想定しており、これら価格ベースの排他的行為類型に対しては、同等効率の競争者テスト("as efficient" competitor test)を一貫した経済分析基準として適用することを志向する(Id. para. 63)。同等効率の競争者テストは米国における"equally efficient competitor test"(同じく「同等効率の競争者テスト」と訳称される)と同一の分析概念であり、これは支配的事業者とコスト構造が同一で同等に効率な競争者が存在すると仮定し、支配的事業者による価格設定行為によって当該同等効率の競争者が排除される場合、当該価格設定行為を能率競争に基づかないコスト割れの濫用行為として捕捉するテストであり、欧州委員会が価格ベースの排他的行為に対して米国と同一の規制基準を設定する意向をうかがわせる。

阻止され、消費者厚生が害されるような反競争的效果を伴う場合に当該拒絶行為を濫用として違法構成する¹⁰⁸（なお、本稿ではこのように垂直的な取引関係にある川上事業者と川下競合事業者との間で生起する取引拒絶を「垂直的取引拒絶」と言い、更に、継続取引の場合と新規取引の場合とで両者を区別し、それぞれ「垂直的継続取引拒絶」および「垂直的新規取引拒絶」と言う（なお、左記にて「取引拒絶」と表記した部分につき状況に応じて同義の用語として「供給拒絶」或いは「アクセス拒絶」と表記し、投入要素が知的財産権である場合には「ライセンス拒絶」とする）¹⁰⁹。他方、これと異なり、同一の取引段階で競合関係にある事業者との間で生起する取引拒絶を「水平的取引拒絶」と言い、更に、継続取引の場合と新規取引の場合とで両者を区別し、それぞれ「水平的継続取引拒絶」および「水平的新規取引拒絶」という（なお、左記にて「取引拒絶」と表記した部分につき状況に応じて同義の用語として「供給拒絶」或いは「アクセス拒絶」と表記し、投入要素が知的財産権である場合は「ライセンス拒絶」とする）¹¹⁰。

また、当局が支配的事業者に対して供給義務を課す場合には事業者の投資インセンティブに対する阻害効果と促進効果の両面に留意する必要があるとし、阻害効果としては先行投資にタダ乗りされる支配的事業者の投資意欲の減退が想定され、他方、促進効果としては供給義務が課されなければ実現しないであろう他の事業者における応用研究開発や追加投資の増大が想定され、当局の政策はこれら競争に対する短期的効果と投資インセンティブに対する長期的効果の両方を考慮せねばならないと述べる¹¹¹。

なお、82 条 DP は供給拒絶の概念として、「既存の供給関係の終了(terminating an existing supply relationship; すなわち、継続取引拒絶)」と「投入要素の供給開始の拒絶(refusing to start supplying an input; すなわち、新規取引拒絶)」とを区別して捉え¹¹²、既存の供給関係の終了に関しては、以下 4 つの要件を全て満たす場合に濫用として構成することを提案する¹¹³。すなわち、

¹⁰⁸ See, Article 82 DP, *supra* note 71, paras. 209-210.

¹⁰⁹ 先例とされる Commercial Solvents 事件判決(Commercial Solvents, *supra* note 2)、および United Brands 事件判決(United Brands, *supra* note 22)とも「垂直的継続供給拒絶」が濫用行為として違法認定された事案である（もっとも、Commercial Solvents 事件判決は川下市場の競争者に対する継続供給拒絶であるのに対し、United Brands 事件判決は川下市場の顧客に対する継続供給拒絶であり、事案の性格を異にする）。

¹¹⁰ 先に検討した British Midland / Aer Lingus 事件決定は、同一の取引段階で競合関係にある航空会社がインターラインの協業取引の継続を拒絶した事案であり「水平的継続供給拒絶」が濫用行為として違法認定された事案である。なお、次章で検討する IMS Health 事件は「水平的新規ライセンス拒絶」が争われた事案(医薬品販売データベースを有する支配的事業者が、同一の取引段階で競合関係にある事業者に対して、当該データベースの新規ライセンスを拒絶した事案)であるが、欧州司法裁判所は当該新規のライセンス拒絶は濫用行為ではないとして違法認定しなかった(Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co.KG, [2004] ECR I 5039)。

¹¹¹ *Id.* para. 213.

¹¹² *Id.* para. 215. なお、ここで言う投入要素には知的財産権も含まれるとし、ライセンス拒絶を新規取引拒絶として構成する(*Id.*)。

¹¹³ *Id.* para. 218.

- i) 行為が(供給関係の)終了としての特徴を有しており¹¹⁴、
- ii) 拒絶する事業者が支配的地位にあり¹¹⁵、
- iii) 当該拒絶が競争に対してネガティブな影響をもたらすと見込まれ¹¹⁶、
- iv) 当該拒絶が客観的に正当化されない、或いは、効率性により正当化されない場合¹¹⁷。

なお、想定される典型的な供給拒絶は、川上市場において投入要素を保有する支配的事業者が、当該川上市場における地位を強化しつつ川下市場における利益の拡大を企図して当該川下市場で当該投入要素を必要とする事業者に対してその供給を拒絶するものであることから¹¹⁸、82 条 DP では専ら川下の競争者(潜在的競争者をも含む)に対する垂直的供給拒絶を問題視しており¹¹⁹、EU の継続取引拒絶規制における論点が垂直的供給拒絶に向けられていることを示している¹²⁰(なお、新規供給拒絶に対する 82 条 DP の考え方については次章にて検討)。

2-2. 学説の動向

<82 条の再構築(reform)を巡る議論>

欧州委員会競争総局による 82 条 DP の公表に前後して、学説においても市場支配的地位の濫用行為規制の在り方を巡り活発な議論が展開されてきた。

まず、欧州委員会と同様に効果主義の立場を採るのが経済学分野の有識者により構成された“競争政策に関する経済諮問委員会(EAGCP: Economic Advisory Group on Competition Policy)”¹²¹である。EAGCP は「82 条に対する経済学的アプローチ」と題す

¹¹⁴ ここでは供給関係を単純に破棄することに加え、供給関係を終了に至らしめる行為をも包含して捉えている。すなわち、供給遅延や不公平な取引条件の強要、或いは過度に高い供給価格をつけることにより供給関係を終了に至らしめることであり、典型的には利益圧搾ないし価格圧搾を想定する(Id. paras. 219-220)。

¹¹⁵ 供給関係の終了が競争法上の問題を生起するのは、供給を拒絶する事業者が市場において支配的地位を有する場合のみであるとする(Id. para. 221)。

¹¹⁶ 供給関係の終了によって、ある特定の顧客が市場から排除されるだけでは濫用として構成するのに不十分であるが、市場における全ての競争が完全に排除されることまで要求するものではなく、供給拒絶が競争にネガティブな影響をもたらす場合に濫用として構成すると述べる(Id. para. 222)。

¹¹⁷ 供給関係の終了に際して、相手方の商業上の信用不安等は正当化事由となり得るとしつつ、川上・川下統合を理由に供給関係を終了する場合には、これにより消費者厚生が改善することを示さねばならないとし、経済効率性の観点から、統合後に川下顧客(すなわち潜在的競争者)との供給関係を終了した状態と、統合せずに従前の供給関係を継続した場合の比較、および、統合後にも供給関係を終了せずに川下顧客と競争を展開する場合の比較が必要であるとする(Id. para. 224)。

¹¹⁸ Id. para. 72 & Figure 2.

¹¹⁹ Id. para. 212.

¹²⁰ 米国においても垂直的取引拒絶はシャーマン法 2 条上の問題を生起させ、取引環境の変化等により従来の顧客が競争者としての性格を帯び、取引拒絶が競争者排除と構成される場合に違法となる(See, e.g., Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927); Lorain Journal Co. v. United States, 342 U. S. 143 (1951))。

¹²¹ EAGCP は欧州委員会の要請に基づき召集・編成されたものであるが、欧州委員会とは独立した立場で 82 条の再検討を行った(See, ‘Explanatory note, “An economic approach to Article 82”, report by the Economic Advisory Group for Competition Policy, available

る報告書¹²²を取りまとめ¹²³、同報告書の中で消費者厚生を増大を EU 競争法の目的とすることを提唱する¹²⁴。同報告書の特徴は、i) 排他的行為がもたらす反競争の効果と競争促進的效果の比較衡量により、消費者厚生に及ぼす影響を測定することを志向し¹²⁵、ii) 消費者厚生を減少をもって濫用と認定し、且つ、濫用の認定をもって市場支配的地位をも認定し、個別に市場支配的地位の存否を審査することを不要とする¹²⁶¹²⁷ところに見出せる。ここでは、経済学的な論理的整合性を重視する立場から、経済学的に有意義な消費者厚生という価値基準を定立し、経済学的に取扱可能な比較衡量という分析手法を活用することにより、法的に妥当な評価を導くことが企図される。すなわち、経済分析こそが反競争的行為に対する法的評価のあり方を保証し¹²⁸、競争促進的行為を不当に萎縮させることが無いよう保証するとの理解から¹²⁹、82 条 DP 以上に経済学を信頼し重要視する立場を採る¹³⁰。

また、EAGCP 以外の論者においても、例えば、Gerber によれば、経済学的標準化 (economic-based norm) は外形主義的アプローチよりも法的意思決定者にとってより確信的な結果を提示するものであるとして、効果主義的アプローチを評価する¹³¹。

他方、経済学に過度に依拠する効果主義的なアプローチに対しては、消極的ないし批判的見解も見受けられる。

例えば、Ahlborn & Padilla は消費者利益を増大を競争法・政策の目的とすることに理解を示しつつも 82 条 DP に関して以下 3 つの視点から問題点を指摘する。すなわち、

at: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/note_eagcp_july_05.pdf。

¹²² ‘An Economic Approach to Article 82’, July 2005, available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, [hereinafter, ‘EAGCP’].

¹²³ 既述の通り、本報告書は欧州委員会から独立した立場で取りまとめられ、82 条 DP の公表に先立ち、2005 年 7 月に公表されたものであるが、その内容は 82 条 DP に色濃く反映されている。

¹²⁴ EAGCP によれば、競争政策上、伝統的に競争法の目的と定位されてきた「競争の保護」は、目的の定義としては適切ではないと述べ、問題とされる行為が競争にとって有害か否かを判断するための基準は消費者への影響から導かれるべき(すなわち、消費者厚生基準)であると説き、消費者厚生を高める行為(例えば、消費者のニーズに合う、価格、品質、品揃え等)こそが適正な競争戦略であると観念する(See, EAGCP, *supra* note 122, at 8)。

¹²⁵ 比較衡量は証明責任の転換によって行うことが提案され、まず競争当局が行為の反競争的・競争侵害的事実の証拠を提示し、これに対して被告企業が効率性の抗弁を行うというものである(*Id.*, at 4)。

¹²⁶ すなわち、効果主義に基づくアプローチに従うならば、“濫用”行為をなし得るのは支配的地位にある事業者のみであり、“濫用”と評価される競争侵害の認定それ自体が支配的地位の証拠となるとの理解である(*Id.* at 14)。

¹²⁷ また、「特別の責任(special responsibility)」は支配的事業者のみに要求されるべきものではなく、事業活動を行う全ての事業者に対して要求されるべきものであり、排他的行為が競争侵害効果を伴わない限り合法であると説く(*Id.* at 15)。

¹²⁸ *Id.* at 2.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ 本報告書は消費者厚生基準を唱える米国反トラスト法学者の Salop の見解が広く反映されているとの見方がある(See, Ahlborn & Padilla, *supra* note 89, at 57)。

¹³¹ See, Gerber, *supra* note 80, at 54. なお、Gerber は外形主義的アプローチを「競争歪曲モデル(competition distortion model)」と称し、競争歪曲の概念は競争過程を保護すべく発達してきたものであり、究極的には消費者利益を保護すべく発達してきたとの理解から、消費者厚生を増大を競争法の目的とすべきとする立場を採る(*Id.* at 45)。

- I) 82 条 DP が想定する消費者厚生は、競争者数の増加に伴う資源配分の改善による価格低下といった短期的な消費者厚生(short-term consumer welfare)であり、新製品や技術革新の出現による長期的な消費者厚生(long-term consumer welfare)への影響を考慮していない¹³²。
- II) 82 条 DP が規定する“排除(foreclosure)”とは、市場からの退出を意味するのか、それとも、競争者の成長機会が損なわれることを意味するのかその程度が曖昧であり、後者の意味合いに近いほど被告において反論・反証が困難となる¹³³。
- III) 効率性の抗弁に関する 82 条 DP の説示(要件④)は、究極的には効率性の実現よりも競争関係および競争過程の保護を優先するものであり¹³⁴、これは非効率な市場構造を維持することを意味し、効果主義を採る立場に矛盾する¹³⁵。また、支配的事業者側の証明責任として、反競争的效果と競争促進的效果の比較衡量を求めるのは現実的に困難である¹³⁶。

或いは、Zimmer によれば、経済理論は市場画定や行為の影響測定といった事実の評価を分析するツールとしては不可欠であるが、競争法上の問題に対して一般解を与えるものではないとして経済分析の効能を限定的に捉え、また、EU 競争法の目的は旧 EC 条約 2 条乃至 4 条が規定する目的¹³⁷に照らして多義的であるべきとの立場から、消費者利益の追求を唯一の法目的とすることに異論を呈する¹³⁸。

このように学説においては、排他的行為に対する客観的な分析手法と論理的に説明可能な評価基準を必要とする立場から、消費者厚生論に代表される経済学の知見を活用することの必要性が示される一方で、これを司法的判断過程に受け入れ、違法性判断の基準とすることに批判が示されており、82 条の目的と違法性判断の枠組みに関する学説の動向は一樣ではない。

<供給拒絶(継続取引拒絶)に対する議論>

総論としての 82 条の再構築の動きを受けて、各論としての個別行為類型に対しても経済学的視角から客観的な違法性判断基準の定立を求める動きが認められる。供給拒絶もその一類型であり、以下に見るような学説が展開されている。

¹³² Id. at 85.

¹³³ 競争者の市場からの退出は知覚可能な事象であるが、競争者の成長機会に及ぼす損害の程度は被告支配的企業の側において知覚することは不可能であるとする(Id. at 86)。

¹³⁴ See, Article 82 DP, supra note 71, para. 91.

¹³⁵ See, Ahlborn & Padilla, supra note 89, at 87.

¹³⁶ Id.

¹³⁷ 旧 EC 条約 2 条は共同体の目的として共同市場と経済通貨同盟の設立等を謳い、同 3 条は域内市場における人・モノ・サービス・資本の自由移動や競争の確保といった具体的政策目標を掲げ、同 4 条は加盟国および共同体による経済通貨政策の実現である。

¹³⁸ Daniel Zimmer, ‘On Fairness and Welfare: The Objectives of Competition Policy’, “European Competition Law Annual 2007”, 105-107 (2008).

まず、消費者厚生基準を提唱する EAGCP は、供給拒絶の違法性判断においても一貫して消費者に対する影響を基準とすることを志向する。EAGCP によれば、継続的供給関係にある事業者間において供給が拒絶された場合、拒絶者が価格を上昇させない限り拒絶者の市場支配力は増大せず、消費者厚生を損なう事態は生起しないため違法ではないとし、他方、拒絶者が価格を上昇させる場合には消費者厚生を損なう反競争的效果が生じるとして違法とする考えを示す(以下、この違法性識別基準を「消費者厚生テスト」という)¹³⁹⁾ ¹⁴⁰⁾。

一方、Rousseva によれば、欧州司法裁判所はこれまで排他的行為に対して効率性の抗弁を採用したことが無く¹⁴¹⁾、また今後も採用される見込みが無い¹⁴²⁾との理解から、効果主義的アプローチを志向することについて否定的な立場を示しつつ、効率性の達成や消費者厚生といった定義を「能率競争(competition on the merits)」として捉え直すことを提案する¹⁴³⁾。すなわち、利益の最大化という適正な動機に基づく能率競争の概念は、効率性の達成や消費者厚生の増大と同義の価値基準であり、また、判例法は能率競争の概念に適合的であるとの理解から¹⁴⁴⁾、能率競争概念への適合性を供給拒絶を含む排他的行為一般に対する審査基準とすること(以下、この違法性識別基準を「能率競争テスト」という)を提案する¹⁴⁵⁾ ¹⁴⁶⁾。

このように供給拒絶の違法認定の在り方に関しては、客観的な識別基準を必要とする立場から、消費者厚生テストや能率競争テストの適用が唱えられており、これら学説の何れもがその客観性を基礎付ける論拠として経済学的な分析視角を内包する。

他方、総論としての 82 条の目的と、各論としての供給拒絶の違法性識別基準との論理的整合性については、消費者厚生テストは消費者厚生の増大を目的とする効果主義的なアプローチにおいて両者の整合性・一貫性を実現しているといえる。

これに対し、消費者厚生を能率競争に代置した能率競争テストは、直接的には競争過程への歪曲効果の有無を識別し¹⁴⁷⁾、間接的に消費者厚生への影響を測定する基準であり¹⁴⁸⁾、

¹³⁹⁾ See, EAGCP, *supra* note 122, at 45.

¹⁴⁰⁾ 米国においても排除行為の識別テストとして消費者厚生を基準とする「厚生テスト(welfare test)」が唱えられている(参照 本稿 第 4 章 第 2 節)。

¹⁴¹⁾ また、濫用行為規制よりも経済分析と親和性の高い合併規制においても、実際には「効率性の抗弁」が直接的に適用された事例が無いのが実情である(参照 市川・前掲注 74, 76 頁)。

¹⁴²⁾ その理由として第一審裁判所(現・一般裁判所)が Atlantic Container 事件判決において効率性の抗弁の適用可能性を明確に否定したことを重要視する(Jointed Cases T-191/98, T-212/98 and T-214/98, Atlantic Container Line)。

¹⁴³⁾ Ekaterina Rousseva, “The Concept of “Objective Justification” of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernize the Analysis under Article 82 EC?”, *The Competition Law Review* Vol. 2, Issue 2, at 68 (2006), [hereinafter, ‘Rousseva’].

¹⁴⁴⁾ 例えば、Hoffmann-La Roche 事件判決(See, Hoffmann-La Roche, *supra* note 23)や Tetra Pak I 事件判決(Case T-51/89 Tetra Pak Rausing SA v. Commission [1990] ECR II-309)が能率競争によらない競争手段を違法な排他的行為として認定したことを指摘する(See, Rousseva, *supra* note 143, at 68)。

¹⁴⁵⁾ *Id.*

¹⁴⁶⁾ なお、能率競争概念を違法性識別基準として具体化する場合、「不当なライバル費用引上げテスト」が妥当すると思われる。欧州委員会は British Midland 事件決定において能率競争に反する行為を排除行為と観念し、具体的には競争者の費用を不当に引き上げる行為を反競争的行為と認定している(See, British Midland, *supra* note 56, para. 28)。

¹⁴⁷⁾ 競争過程とは「事業者が市場において顧客を獲得すべく、よりよい取引条件と品質等を呈示しあう活動

従って、第一義的には外形主義的なアプローチにおいて整合性・一貫性を実現しているといえよう¹⁴⁹。

第3節 EUにおける市場支配的地位の濫用行為規制の方向性と単独・直接の継続取引拒絶規制の在り方

3-1. 82条の目的に対する欧州司法裁判所のスタンス

＜欧州司法裁判所の判例にみる82条の目的＞

82条の目的に関する議論が本格化するよりも以前、旅行代理店に対する航空会社(British Airways 社：以下、「BA 社」ともいう)の忠誠リベートの違法性が争われた British Airways 事件¹⁵⁰において、第一審裁判所(現・一般裁判所)は「経済的に正当化されない便宜を提供することで、代理店がサービスを自らが選択する航空会社に販売する自由を除去ないし制限し、それによって、航空旅行代理店サービスについて、BA 社と競争関係にある航空会社の英国市場に対するアクセスを阻害することとなるかを調査することが必要である」¹⁵¹と判示し、「自由の除去ないし制限」という経済的自由の確保を重視する立場¹⁵²と「市場に対するアクセスを阻害する」という域内市場の確立を重視する立場¹⁵³とを併せて呈示し、違法

(競争活動)が集積する過程」であり、「商品役務の費用を低下させたり、提供する商品役務の魅力を増す」ことを追求する過程であるとされ、このことから競争過程とその保護は能率競争概念と実質的に同一視し得る(参照 前掲注 69)。

¹⁴⁸ See, Rousseva, *supra* note 143, at 68.

¹⁴⁹ 82条 DPに見られるように、欧州委員会は能率競争概念を効果主義の立場から援用している(See, Article 82DP, *supra* note 71, paras. 56-60)が、能率競争概念を外形主義として理解する立場からは、「能率競争」という尺度は競争者の経済的自由を市場支配的事業者から守る基準であるとされ(参照 市川・前掲注 81, 48-49 頁)、また、能率競争概念を採用した判例も競争法の目的を「共同市場における有効な競争構造を歪曲から守る」ことと定位しており、外形主義的アプローチの文脈上に能率競争概念を位置付ける(See, AKZO, *supra* note 66, para. 64)。本稿も外形主義を競争過程の歪曲を違法視する立場と捉えており、能率競争概念を外形主義として位置付けるものである(参照 前掲注 88)。

¹⁵⁰ 本事案は、英国航空旅行代理店市場において支配的地位にある British Airways 社の旅行代理店に対する忠誠リベートが競争者を排除する濫用行為に該当するかが争われ、EUにおいては違法と認定された。本事案は米国でも争われたが、競争相手である原告 Virgin Atlantic 社が被告 BA 社の価格設定についてリベート考慮後の価格が原価割れであることを証明できなかったとして違法性が否定され、EUの判断とは異なる判断が示された(Virgin Atlantic v. British Airways, 257 F 3d 256 (2nd Cir 2001))。米国ではリベートは、略奪的であったり、抱き合わせが行われたりしない限り当該リベートは競争促進的な効果があると推認され、原告に反証義務が課される。

¹⁵¹ Case T-219/99 British Airways plc v. Commission [2003] ECR II -5917, para. 270.

¹⁵² Gormsenによれば、欧州では「競争の保護(protecting competition)」ないし「競争歪曲からの保護(protecting competition from distortion)」は「市場における事業者の経済的自由の保護(protecting the economic freedom of the market player)」と同義と解釈されてきたとし、オールド自由主義の競争観を反映した立場であるとする(See, Liza Lovdahl Gormsen, 'Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?', The Competition Law Review, Volume 2 Issue 2, at 7-8 (2006))。

¹⁵³ EU判例法の立場であり、United Brands 事件判決では、支配的事業者による供給拒絶は域内市場を消費者や事業者がアクセスできない形に分断・分割するため旧 EC 条約 3 条 1 項 g 号(すなわち、「域内市場において競争が歪められることのないシステムを確立する」との目的規定)に反して違法であるとの立場

性判断の基準が外形主義に立脚した「競争歪曲からの保護」にあることを示していた。

また、82 条 DP の公表により 82 条の目的に関する議論が熱を帯びる中、同事件の控訴審である司法裁判所の判決に先行して提示された法務官意見¹⁵⁴において、Kokott 法務官は、「条項(EC 条約 3 条 1 項 g 号)は、域内市場における競争を歪曲から保護すべく企図された法体系の一部を成し」、「条約における他の競争規定同様、82 条は個別の競争者や消費者の直接の利益のみ、或いは第一義的にそれらを守るために策定されたものではなく、市場における支配的事業者の存在によって既に弱められている市場の構造や競争それ自体を守るべく策定された」ものであり、「消費者も間接的に守られる」と述べ、「域内市場における競争を歪曲から保護するという(EC 条約 3 条 1 項 g 号の)目的に反すれば直ちに支配的事業者の行為は濫用とみなされる」との考えを示している¹⁵⁵。

さらに、Kokott 法務官は当時議論の渦中にあった欧州委員会の 82 条 DP に対して、「欧州委員会が将来の 82 条に関してどのように競争政策を定義しようとしているかは関係ない」。「たとえ欧州委員会の行政的慣行が変化しようとも、欧州委員会はあくまで司法裁判所による 82 条の解釈の枠組みの範囲内で執行しなくてはならない」とまで直言する¹⁵⁶。

EU において法務官意見は規範形成に大きな役割を果たしてきており¹⁵⁷、Kokott 法務官の上記見解も 82 条の再構築を巡る議論や判例の動向に有意な影響を及ぼしていると推察される¹⁵⁸。

なお、上記法務官意見が提示された後の British Airways 事件控訴審判決で、司法裁判所は市場支配的地位の濫用に関する最初期の事案である Continental Can 事件を参照¹⁵⁹しつつ、「82 条は消費者に直接的に損害を与える行為のみならず、3 条 1 項 g 号で示される有効

が示された(See, United Brands, supra note 22, para. 183)。

¹⁵⁴ Opinion of Advocate General Kokott, delivered on 23 February 2006, [hereinafter, 'AG Opinion for BA'].

¹⁵⁵ Id. paras. 68-69. また、Michelin 事件(See, Michelin, supra note 24)を引用しつつ、市場支配的事業者には共同市場において競争を歪曲しないよう、また有効な競争を高めるよう「特別の責任(particular responsibility)」があるとも付言する(Id.)。

¹⁵⁶ Id. para. 28.

¹⁵⁷ 例えば、Jacobs 法務官は EU における供給拒絶の違法性判断に EF 理論の適用を示唆し、判例法形成に大きな影響を与えたとされる(See, Whish, supra note, 16, at 692)。

¹⁵⁸ この点に関し、81 条適用事案であるが、T-Mobile 事件において司法裁判所は Kokott 法務官意見(Opinion of Advocate General Kokott, delivered on 19 February 2009, para. 58; quoting AG Opinion for BA, supra note 154, para. 68)に依拠しつつ、「条約における他の競争規定同様、81 条は個別の消費者や競争者のみならず、市場ならびに競争の枠組みを保護すべく策定された」と説示する(Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and Others BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [2009] ECR I -4529, para. 38)。また同様に 81 条適用事案である GlaxoSmithKline 事件(Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Comission [2009] ECR I -9291, [hereinafter, 'GSK GWSA'])において、司法裁判所は前記 T-Mobile 事件を参照する形で Kokott 法務官意見を採用しつつ(para. 63)、原審である第一審裁判所が示した「消費者厚生に対する制限効果の認定と、当該制限効果と効率性の増大との比較衡量」という効果主義的な判断基準を覆し、「第一審裁判所によれば、並行輸入の制限は原則として競争制限の目的を有すると考えられ、それは、供給量や価格の観点において、最終消費者から有効競争の利点を奪うと推定される場合にのみ該当するというものであるが、当裁判所は 81 条 1 項の文言に照らしても、過去の判例に照らしてもその立場を支持することは出来ない」と述べ(para. 62)、原審の判示事項を斥けるとともにあくまで外形主義的な立場を維持する。

¹⁵⁹ Case 6/72 Europemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR 215, para. 26.

競争の枠組みに弊害を与える行為についても適用される(Article 82 EC is aimed not only at practices which may cause prejudice to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure, such as is mentioned in Article 3(1)(g) EC.)」¹⁶⁰と述べ、82条の保護法益として消費者利益を意識しつつも、有効競争状態の実現がなお依然として重視されるべきものであることを確認する。また、インターネットサービスにおける略奪価格が争点となった **France Télécom** 事件において、司法裁判所は「これまでの判例によれば、82条は3条1項g号で規定される欧州共同体の普遍的目的、すなわち、共同体市場において歪曲されることのない競争システムを確立するという目的を採用してきた」¹⁶¹との理解に基づき、「82条は消費者に直接的に損害を及ぼす行為に対してのみならず、有効競争の枠組みに損害を及ぼす行為に対しても適用される」¹⁶²と述べ、判例法の歴史的連続性も踏まえて EC 条約の目的規定への抵触を基準として濫用行為の認定を行う外形主義的なアプローチの必然性を説く¹⁶³。

このように経済学的に有意味な価値基準としての消費者厚生基準を唱える欧州委員会や、多面的かつ客観的な違法性判断基準の定立を求める学説の動向とは対照的に、欧州司法裁判所の82条に対する執行方針は、基本的に従前のスタンスを維持することを表明するものであり、これら新思潮に対して消極的、且つ冷淡である。

もっとも、上記判例の多くが有効競争の枠組みに損害を与える行為とともに、消費者に直接損害を与える行為に対しても82条が適用されるとの見解を示しており、82条執行の判断要素として消費者への影響が考慮されている状況がうかがえる¹⁶⁴。

しかしながら、いかなる状況をもって消費者への弊害を認定するのかは明確には示されておらず、ケース・バイ・ケースでの判断とならざるを得ないのが実情であろう。

従って、82条違反の認定に際しては従来同様、有効競争の枠組みに及ぼすネガティブな影響、すなわち、競争者排除を伴う競争過程への加害行為を如何に評価するかが判断の基軸となると思われ、消費者への弊害の事実はこれを補完する要素として付加的な意味を持つに止まるものと思料される(またこのように理解する場合、違法性識別基準は能率競争テストが適合的であり、消費者厚生テストは能率競争テストを補完する役割を担い得るもの

¹⁶⁰ Case C-95/04 P *British Airways plc v. Commission* [2007] ECR I -2331, para. 106.

¹⁶¹ Case C-202/07 P *France Télécom SA v. Commission* [2009] ECR I -2369, para. 103.

¹⁶² *Id.* para. 105.

¹⁶³ また、本件判決ではなお依然として市場支配的事業者は共同体市場における競争を歪曲しないよう「特別の責任」を負うと説く(*Id.*)。

¹⁶⁴ この点に関しては、82条が「排他的濫用(exclusionary abuse)」を禁止するとともに、「搾取的濫用(exploitative abuse)」をも禁止していることに留意する必要がある。前者が略奪価格や取引拒絶といった競争者排除行為により市場構造に影響を与えて競争を減殺する行為であるのに対し、後者は不当な高価格や価格差別によって顧客や消費者の利益を直接的に害する行為である。82条上の論点は排他的濫用において消費者利益の侵害を如何に把握し評価するかということであり、搾取的濫用において消費者利益の侵害を違法とすることに異論は少ない。従って、判例中で述べられる「82条は消費者に直接的に損害を及ぼす行為のみならず・・・」との表記が「82条は搾取的濫用行為のみならず・・・」との意味合いで解される場合には法意に則した自明的な表記であり、殊更この点を注視する必要は無いと言えよう。

と思われる)。

3-2. 供給拒絶(継続取引拒絶)に対する欧州司法裁判所のスタンス

EU における供給拒絶(継続取引拒絶)の 82 条上の位置付けに関して、現時点での欧州司法裁判所の考え方が明確に示された事案として GlaxoSmithKline AEVE 事件判決がある。

なお、本件は、自社の流通子会社と競合する卸売事業者に対して従来継続していた供給を拒絶することにより市場から排除した Type B の事案であるが、行為の主たる目的は並行輸入阻止にある事案である。

3-2-1. GlaxoSmithKline AEVE 事件欧州司法裁判所判決¹⁶⁵(2008 年) 【Type B】

<事実の概要>

本件は、ギリシアにおいて、医薬品製造販売事業者である GlaxoSmithKline AEVE 社(以下、「GSK AEVE」という)¹⁶⁶が医薬品卸売事業者らに対して医薬品の継続的な供給を停止した行為について、ギリシア控訴裁判所(the Efetio Athinon)がギリシア法上および EC 法上の支配的地位の濫用の観点から違法判断を下す前に¹⁶⁷、欧州司法裁判所に対して 82 条上の解釈を求めた先行判決(preliminary ruling)である¹⁶⁸。

当該卸売事業者らは医薬品をギリシア国内市場および他の加盟国市場の双方に流通させる目的で長年にわたり GSK AEVE から医薬品を購入していたところ、2000 年 11 月に GSK AEVE は在庫不足を理由としつつ、当該卸売事業者らによる並行輸出を阻止する目的¹⁶⁹で当該卸売事業者からの「通常の注文(ordinary orders)」に応じることを中止し、他方、子会社の流通事業者を通じて病院や薬局に自社の医薬品を供給することを開始した。

その後、2001 年 2 月以降、GSK AEVE は当該卸売事業者らへの医薬品供給を限定的に再開したが、当該卸売事業者らはギリシア第一審裁判所(the Polimeles Protodikio Athinon)に対して GSK AEVE の行為はギリシア競争法 2 条および EC 条約 82 条が禁止する支配的地位の濫用であり、供給中止前の直近 10 ヶ月間の平均的数量の医薬品を毎月供給すること、

¹⁶⁵ Joined cases C-468/06 to C-478/06 Sot. Lelos kai Sia EE v. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton [2008] ECR I -7139, [hereinafter, 'GSK AEVE'].

¹⁶⁶ GSK AEVE は、英国に本社を置く世界的医薬品メーカーである GlaxoSmithKline plc 社(以下、「GSK plc」という)のギリシアにおける子会社であり、GSK plc の医薬品を輸入・保管・販売する事業を営む(Id. para. 9)。

¹⁶⁷ ギリシア競争法 2 条(Article 2 of Greek Law 703/1977)は、EC 条約 82 条に相当する規定であり、市場支配的地位の濫用を禁止する(Id. para. 6)。

¹⁶⁸ 初動としてはギリシア競争当局(the Epitropi Antagonismou)が欧州司法裁判所に先行判決を求めたが、司法裁判所は EC 条約 234 条(現 EU 機能条約 267 条)に基づき先行判決を求めることが出来るのは「裁判所または法廷(court or tribunal)」であり、競争当局は請求の適格を欠くとの判断を示したため、ギリシア控訴裁が司法裁判所に対して先行判決を求めた(Id. paras. 21-23)。

¹⁶⁹ 供給停止の目的が並行輸入阻止にあったという事実は、ギリシア当局により認定されている。

および被った損害の賠償を求めて提訴した¹⁷⁰⁾¹⁷¹⁾。

これに対し、ギリシア第一審裁判所は GSK AEVE の供給拒絶行為は不当ではなく、また支配的地位の濫用でもないとして卸売事業者らの請求を棄却したため、当該卸売事業者らはギリシア控訴裁判所に上訴し、同控訴裁判所は本件継続的供給拒絶の 82 条上の解釈について欧州司法裁判所に先行判決を求めるに至った。

＜欧州司法裁判所の判断＞

欧州司法裁判所は「裁判所の確立された判例法によれば、当該製品の市場において支配的地位を有する事業者が既存顧客の注文に応じることを拒絶する行為は、客観的正当化事由の無い限り 82 条の下で支配的地位の濫用を構成し、当該拒絶行為は競争者として取引している事業者を排除する行為とみなされる(The established case-law of the Court shows that the refusal by an undertaking occupying a dominant position on the market of a given product to meet the orders of an existing customer constitutes abuse of that dominant position under Article 82 EC where, without any objective justification, that conduct is liable to eliminate a trading party as a competitor.)」¹⁷²⁾と述べ、“確立された判例法”として Commercial Solvents 事件判決¹⁷³⁾と United Brands 事件判決¹⁷⁴⁾を参照し、継続供給拒絶に対する欧州司法裁判所のスタンスとして過去の判例法理に従い原則違法の立場を示す。

とりわけ、United Brands 事件判決で示された「もし顧客からの注文が通常想定される範囲を逸脱しないものであるならば、支配的地位にある事業者は、消費者から認知され評価されている製品を販売する上で、通常取引慣行に基づき長年取引関係を維持してきた顧客に対して供給を止めることは許されない」¹⁷⁵⁾と解する立場、および「そのような販売拒絶は消費者に不利益をもたらす形で市場を分断し、ひいては関連市場から取引事業者を排除する形で市場を分割する」ため「裁判所はそのような行為(継続的供給の停止)は EC 条約 3 条 1 項 g 号が掲げる目的規定に相容れないものと捉える」¹⁷⁶⁾との立場を首肯し、司法裁判所がなお依然として目的論的解釈を志向し、いわゆる外形主義的なアプローチを維持することを表明する¹⁷⁷⁾。

¹⁷⁰⁾ Id. para. 18.

¹⁷¹⁾ なお、第一審裁判所での争訟に先行する動きとして、ギリシア競争当局に対して、GSK AEVE はネガティブ・クリアランス(negative clearance：合法性確認のための事前了解手続)の申請を行い、他方、卸売事業者らは GSK AEVE の販売政策がギリシア競争法 2 条および EC 条約 82 条に違反するとの申し立てを行った。ギリシア競争当局は GSK AEVE に対して卸売事業者らの注文に応じるよう暫定的な措置命令を発し、これを不服とした GSK AEVE はギリシア控訴裁判所に対して同命令の取消しと執行停止を求める申し立てを行ったが、控訴裁判所はこれを棄却した(Id. paras. 12-16)。

¹⁷²⁾ Id. para. 34.

¹⁷³⁾ See, Commercial Solvents, supra note 2.

¹⁷⁴⁾ See, United Brands, supra note 22.

¹⁷⁵⁾ See, GSK AEVE, supra note 165, para. 49, citing United Brands, supra note 22, para. 182.

¹⁷⁶⁾ Id. citing United Brands, supra note 22, para. 183.

¹⁷⁷⁾ また判決は、「81 条の適用に関して、加盟国間で製造事業者と流通事業者とが国毎にテリトリーを分割するような合意は、単一市場の設立を通じて加盟国市場の統合を実現するという条約の目的を阻害する

また、並行輸出を手掛ける卸売事業者への供給拒絶が競争に及ぼす影響として「支配的事業者が他の加盟国に製品を輸出している卸売事業者に対して当該製品の供給を拒絶することによりもたらされる競争への影響は、当該拒絶行為が当該加盟国市場における卸売事業者の事業活動を害するのみならず、他の加盟国市場における製品の流通に対しても同様に有効な競争(effective competition)を当該卸売事業者から奪うことになる」¹⁷⁸と論じ、「裁判所は、並行輸出の制限を目的とする支配的事業者の行為が、とりわけ、共同体市場内の他の販売エリアで適用されている魅力的な価格水準を無力化すること(neutralising)により並行輸入を阻害する効果を有する場合¹⁷⁹、もしくは、支配的事業者の販売網にとって脅威となる並行輸入に対して参入障壁を構築することを目的とする場合¹⁸⁰、支配的地位の濫用であると観念する」¹⁸¹と判示し、並行輸出を制限し並行輸入を阻害する供給拒絶は EU 域内市場における競争を阻害するものと捉え、市場統合という理念に鑑みて市場を分断させる作用をもたらす支配的事業者の当該拒絶行為を濫用として違法構成する¹⁸²。

さらに、判決後段において裁判所は「域内市場における競争が歪曲されないことを確立するという条約の目的の下では、全ての並行輸出を排除しようとする支配的事業者の行為は 82 条の禁止規定から免れ得ない」¹⁸³と述べ、さらに「歪曲されない競争と加盟国市場の統合という手段によって消費者を保護するという条約目的の下において、競争に関する共同体のルールは、支配的地位にある製薬会社に残された唯一の選択肢が、自身の商業的利益を守るために、自社の医薬品を相対的に価格水準の低い加盟国には全く供給しないという形で理解されてはならない」¹⁸⁴と述べ、支配的地位にある事業者は利己的な選択肢に対して謙抑的であるべきであり「特別の責任」を担うべきであるとの立場を示唆する。

一方、United Brands 事件判決が客観的な正当化事由により支配的事業者は抗弁が可能であると判示したことを踏まえ¹⁸⁵、司法裁判所は GSK AEVE の抗弁を審査する。

まず、GSK AEVE が並行輸出ならびに並行輸入は価格差益を並行輸出事業者と並行輸入事業者が全て享受してしまうため、最終消費者に経済的利益を殆どもたらさないと主張したことに對して、裁判所は「価格水準の低い加盟国から価格水準の高い加盟国に医薬品が

との認識を裁判所は有している」と説示し、81 条の解釈においても EC 条約の目的規定に反するか否かが違法性判断を基礎付けるとの見方を示す(Id. para. 65)。

¹⁷⁸ See, GSK AEVE, supra note 165, para. 35.

¹⁷⁹ この点に関し、General Motors 事件において、裁判所は、加盟国間の価格差を利用し、本来低廉であるべき価格を不当に高い価格に設定する行為は違法であると判示した(Case 26/75 General Motors Continental v. Commission [1975] ECR 1367, para. 12)。

¹⁸⁰ この点を基礎付ける判例として British Leyland 事件判決が参照される(Case 226/84 British Leyland v. Commission [1986] ECR 3263, para. 24)。

¹⁸¹ See, GSK AEVE, supra note 165, para. 37.

¹⁸² 並行輸入は取引を促進し競争を強化するとの理解から、EC 法は並行輸入を保護する立場を採る(Case C-373/90 X [1992] ECR I-131, para. 12)。

¹⁸³ See, GSK AEVE, supra note 165, para. 66.

¹⁸⁴ Id. para. 68.

¹⁸⁵ See, GSK AEVE, supra note 165, para. 50. United Brands 事件判決では被告である支配的事業者側にも自身の商業的利益を防御する権利があり、合理的な手順と比例的な対抗手段を用いることにより正当化されると述べる(See, United Brands, supra note 22, para. 189)。

輸出される場合、輸入する側の国においては供給の代替性が高まる結果、必然的に最終消費者に利益がもたらされる」¹⁸⁶と論じ、また、「輸入する側の国においては、製薬会社によって適用される価格よりも同一の医薬品をより低い価格で取引することが可能となり」¹⁸⁷、結果として「並行輸入は価格を低減させる圧力として機能し、社会保険機構のみならず、患者にとっても経済的利益を生み出す」¹⁸⁸との見解を示す。

また、GSK AEVE が「医薬品の研究開発投資の減少リスクを回避するために並行輸出を制限することは医薬品企業にとって必要である」¹⁸⁹と主張したことについて、裁判所はこれら並行輸出が GSK AEVE の適正な商業上の利益に対して脅威となっていることに理解を示しつつ、GSK AEVE による供給拒絶が自衛的対抗措置として合理的で比例的な手段といえるかどうか(すなわち、客観的な正当化事由を具備しているかどうか)判断する必要があるとし、その判断を基礎付ける上で卸売事業者らの注文が「通常の注文」を超えるものであったかどうか確認する必要があると述べる。この点に関し、裁判所は前提的な見方として「相対的に価格の低い加盟国において支配的地位にある医薬品企業は、既存顧客が単に価格の高い加盟国に輸出していることを理由として、当該既存顧客からの通常の注文を履行停止することは許されない」¹⁹⁰との考えを示し、本件において、卸売事業者らは GSK AEVE に対して「全ての注文の履行を要求しているのではなく、2000 年 1 月から 10 月までの平均的数量の供給を求めている」のであり、「支配的医薬品企業と卸売事業者における以前の取引関係の観点から、また、加盟国市場の需要に対する注文の大きさの観点から、注文は通常のものである」との見方を示す¹⁹¹。

そして結論として「医薬品関連市場における支配的事業者が、卸売事業者によってある加盟国から他の加盟国に並行輸出が行われることを阻止する目的で、当該卸売事業者からの通常の注文を拒絶することは支配的地位の濫用であると理解されなければならない」¹⁹²と述べ、GSK AEVE の継続供給拒絶は自衛的対抗措置としての適正性を具備せず違法であるとの判断を示した。

<検討>

本判決は、欧州域内市場における並行輸出を制限し並行輸入を阻害する目的でなされた市場支配的事業者の取引拒絶について、その違法性が争われた事案である。

¹⁸⁶ See, GSK AEVE, *supra* note 165, para. 53.

¹⁸⁷ Id. para. 55.

¹⁸⁸ Id. para. 56.

¹⁸⁹ Id. para. 70. なおこの点に関し、GSK AEVE は、医薬品の並行輸出ならびに並行輸入が、製薬会社から研究開発投資の原資となる利益を減らしている一方で、医薬品のイノベーションに寄与しない並行輸出事業者と並行輸入事業者の利益を増やしていることを不合理として指摘する(Id. para. 44)。

¹⁹⁰ Id. para. 71.

¹⁹¹ Id. paras. 72-73. なお、判決は、従前の取引量に比べて全く不釣り合いな量の注文を求められた場合には「通常の注文」を逸脱するものとして、支配的事業者は自社の商業上の利益を守るべく対抗できるとも付言する(Id. para. 76)。

¹⁹² Id. para. 77.

並行輸入は一般に価格競争を促進する効果を有するものであり¹⁹³、価格維持等¹⁹⁴を目的としてこれを阻害する場合には競争法上問題となる¹⁹⁵。しかしながら、並行輸入への阻害行為を違法視する度合いは日米欧で異なり、日本では専ら公正競争阻害性の観点から不公正な取引方法として規制されるものの課徴金納付の対象ではなく排除措置が命じられるに止まり¹⁹⁶、他方、米国では垂直的非価格制限行為として合理の原則に従って審査されるものの違法と認定されるのは限定的である¹⁹⁷。これに対して EU は並行輸入を阻害する行為に対して極めて厳格・厳罰であり¹⁹⁸、その理由は予てより(条約の最終目的である)域内市場の統合に求められてきた¹⁹⁹。本判決もこの立場に従うものであり、欧州域内において並行輸出を制限し並行輸入を阻害する行為は、域内市場を分断させる効果を有し、当該域内市場における有効な競争を阻害するため、条約目的(3 条 1 項 g 号にいう「域内市場において競争が歪められないことを確保する制度」の確立)に反し違法であると定位する。

近時の学説においては、域内市場の実現が進展するに伴い市場統合を目的とすることの重要性が相対的に低下し、消費者厚生や効率性の実現に競争政策の目的がシフトしてきた

¹⁹³ 並行輸入(総代理店契約が輸入品について行われる場合において、第三者が契約当事者間の流通ルートとは別の流通ルートで契約対象商品を輸入すること)が起こるのは、国内における小売価格が輸入に要する費用を加えても外国における小売価格よりも高い場合(内外価格差)であり、並行輸入は、総代理店による国内価格の形成に対して競争圧力として機能し、当該商品のブランド内競争を促進する(根岸哲編著『注釈 独占禁止法』[泉水文雄執筆部分](有斐閣・2009 年)519 頁)。

¹⁹⁴ 並行輸入阻害の主たる目的は、多くの場合、単なる価格維持に止まらず、並行輸入事業者の排除それ自体にあると捉えるべきとする主張がある(根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第 3 版〕』(有斐閣・2006 年)301 頁)。

¹⁹⁵ 日本では流通取引ガイドラインが並行輸入を不当に阻害する行為は不公正な取引方法(一般指定 12 項(拘束条件付取引)又は 14 項(競争者に対する取引妨害))に該当し、独占禁止法上問題となると定位する(「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成 3 年 7 月 11 日・公正取引委員会事務局) 第 3 部第 31 以下)。これに対し、米国では並行取引の阻害行為は垂直的非価格制限(vertical non-price restraints)行為としてシャーマン法 1 条上の問題を生起するが、非価格制限における違法性判断は、異種メーカー間の「ブランド間競争」に及ぼす促進効果と同一メーカー内の「ブランド内競争」に及ぼす制限効果との比較衡量により合理の原則に従って審査される(See, Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977), [hereinafter, 'Sylvania'])。

¹⁹⁶ 例えば、並行輸入を阻害した行為が不公正な取引方法の一般指定 14 項(競争者に対する取引妨害)に該当するとして排除措置が命じられたものとして、ミツワ自動車事件(審判審決平 10・6・19 審決集 45 巻 42 頁)やハーゲンダッツジャパン事件(勧告審決平 9・4・25 審決集 44 巻 230 頁)等がある。

¹⁹⁷ かつては垂直的価格制限(vertical price restraints)行為(典型的には再販売価格維持行為)と同様、垂直的非価格制限行為もシャーマン法 1 条によって当然違法とされていた(See, e.g., United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365)が、Sylvania 事件連邦最高裁判決(See, Sylvania, supra note 195)により判例変更が為され、合理の原則に従って判断されるようになった。なお、垂直的価格制限行為は Parke Davis 事件連邦最高裁判決(United States v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960))以来、永らく当然違法とされていたが、2007 年の Leegin 事件連邦最高裁判決(Leegin v. PSKS, 551 U.S. 877 (2007))により、合理の原則により判断されることになった。

¹⁹⁸ 例えば、並行輸入を阻害した行為に対する制裁金として Nintendo 事件決定(Nintendo [2003] OJL255/33)では 1 億 6780 万ユーロが、Volkswagen 事件決定(Volkswagen[1998] OJL 124/60)では 1 億 200 万ユーロが課された。

¹⁹⁹ 比較的初期の判例である Miller 事件判決(Case 19/77 Miller International Schallplatten v. Commission [1978] ECR 131, para. 14)において、欧州司法裁判所は並行輸出を制限する契約条項は共同体市場を分割する(wall off sections of the common market)ものであり、域内市場の統合という条約目的に鑑みて違法(旧 EEC 条約 85 条違反)であるとしており、現在に至るまでこの立場は基本的に維持されていると言える。

とする立場²⁰⁰も見受けられるが、本判決が示すのは、域内市場の形成・統合を妨げる典型的な行為である並行輸出の制限行為ならびに並行輸入の阻害行為が現実には生じ、裁判所はこのような域内市場を分断する行為を競争歪曲的行為と捉えるとともに、今日においてもなお域内市場の統合という理念に鑑みて、域内市場における有効な競争を歪曲する行為に対して厳格に規制し、域内市場において有効な競争状態を確保することが EU 競争法の目的として観念されることを確認する²⁰¹。

一方、既存顧客に対する継続供給の停止に関しては、これまでの判例法理に従い正当化事由のない限り原則違法とする立場を維持し、ここで示される違法根拠は、当該供給拒絶によって取引事業者が市場から排除されるとともに市場が分割されるため、条約目的である 3 条 1 項 g 号に反するというものであり、消費者厚生や効率性といった経済学的観点からの立論ではなく、あくまで条約の目的規定に沿った法解釈を志向する。また、GSK AEVE は消費者利益や合理性を根拠に抗弁を試みているが、裁判所はこれを斥けており経済学的観点からの抗弁は成功していない。

また、本判決は先行判決である。本先行判決に拘束されるのは解釈を求めたギリシア裁判所のみならず、加盟国裁判所における類似の事案に対しても事実上の拘束力を有する²⁰²。従って、本判決は個別具体的な事案の判決よりも域内における判例法形成に与える影響力は大きいと思料され、継続供給拒絶の事案において司法裁判所が効果主義的なアプローチではなく、なお依然として外形主義的なアプローチを支持する立場を示したことの意義は大きいと思われる。もっとも、本件が並行輸入阻止という象徴的かつ限定的な事例である点には留意する必要がある、司法裁判所が市場支配的地位の濫用行為一般に対して広く外形主義的アプローチを採る立場を示したと言い得るのかについては必ずしも明らかではない。また、継続供給拒絶が違法となるのは「通常の注文」と観念される要求を拒絶した場合であり、「通常の注文」の該当要件に関して「過去の取引量」と「加盟国市場における需要の大きさ」が指標になることを提示した点は継続供給拒絶の違法要件を具体化したものとして(或いは、正当化事由の手掛かりを示唆するものとして)注目すべき説示事項といえよう。

3-3. 82 条ガイダンスと今後の濫用行為規制の方向性

82 条 DP が公表されてから 3 年後の 2008 年 12 月²⁰³、欧州委員会は「支配的事業者によ

²⁰⁰ See, Roller and Stehmann, *supra* note 81, at 282.

²⁰¹ スペインにおける類似の事案で、同じく GlaxoSmithKline による並行輸出の制限行為が 81 条に違反するとされた判決では「製造業者と卸売販売業者との間の合意で加盟国間の国境を維持するようなものは、各国の市場を統合し、一つの市場を実現しようとする条約の目的を妨げるものである。それゆえ、当裁判所は何度となく、国境に沿って各国の市場を分断し、加盟国市場への参入を困難にすることを目的とする合意、とりわけ並行輸出を妨げ、または制限する合意は、EC 条約にいう競争制限的な目的を持った合意である」として違法認定が為された(See, GSK GWSA, *supra* note 158, para. 61)。

²⁰² 参照 井上朗『EU 競争法の手続と実務』民事法研究会(2009 年)296 頁。

²⁰³ 82 条ガイダンスは 2008 年 12 月 3 日に成案が公表され、翌 2009 年 2 月 9 日に採択された。

る排他的濫用行為への EC 条約 82 条の適用における委員会の執行方針に関する指針 (Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings)」と題するガイドライン(以下、「82 条ガイダンス」という)を公表した²⁰⁴。

82 条 DP の公表から 82 条ガイダンスに至るまでの間、裁判所や学説においては既述の通り「論争」とも言える議論の展開過程を辿り、これら議論の様相をごく簡潔に要約するならば、82 条 DP で示された委員会の考え方に対して批判的・消極的であったといえよう。

以下に見る 82 条ガイダンスは上記の論争を経て委員会の執行方針に「揺り戻し」がかけられ、裁判所や学説に調和的な論調へと改められたように見受けられるが、なお依然として効果重視のスタンスも垣間見え、従って、それぞれの立場・見解が収束しないまま競争政策/競争法執行が進行することを予見させる。

<82 条ガイダンスの基本的視座>

82 条ガイダンスは、その冒頭において「(市場支配的な)事業者は、その行為が共同体市場における競争を歪曲しないよう特別の責任を負う」²⁰⁵と述べ、従来の判例法理を参照しつつ外形主義的な見方を留保することを示唆する。また、「82 条は競争政策を法的に基礎付ける極めて重要な構成要素であり、その効果的な執行は、事業者と消費者の利益にとって市場がより良く機能するよう寄与するものである」²⁰⁶との考えを示し、「このことは域内市場の統合を達成するというより大きな目標の下でとりわけ重要である。」²⁰⁷とも述べ、今日においてもなお域内市場の統合が最重要目標であるとの認識を示す。

さらに、「排他的行為に対する委員会の執行方針として強調すべきことは、域内市場における競争過程を保護することであり、支配的地位を有する事業者が製品やサービスを提供する際に能率競争によらない手段で競争者を排除しないよう保障することである。この執行方針の下で、委員会は単に競争者を保護するのではなく、有効な競争過程を保護することを責務として留意するものである」²⁰⁸と述べ、能率競争概念を指標としつつ有効競争・競争過程を保護することが委員会の責務であるとの立場を示す。

もっとも、82 条ガイダンスでは「委員会は、適切な市場機能、効率によりもたらされる消費者利益、および事業者間の有効な競争の成果としての生産性を保障すべく直接的に法

²⁰⁴ Communication from the Commission, 'Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings', OJ C 45/02 24.2.2009, [hereinafter, 'Article 82 GP']. なお、82 条 DP はあくまでも委員会としての試案であり執行方針を拘束するものではなかったが、82 条ガイダンスは委員会の競争法執行を規定する政策文書である(但し、欧州司法裁判所や一般裁判所を拘束するものではない)。82 条ガイダンスの邦語解説としては伊永大輔「EU における市場支配的地位の濫用に係る指針(上)(下)」公正取引 710 号(2009 年)43 頁以下、同 711 号(2010 年) 48 頁以下を参照。

²⁰⁵ See, Article 82 GP, supra note 204, para. 1.

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ Id.

²⁰⁸ Id. para. 6.

執行を行う」²⁰⁹とも述べ、効果主義ベースの競争法執行を行うとの立場をも示す。

このように、82 条ガイダンスでは「域内市場の統合」や「競争過程の保護」といった従前の目的や規制根拠を留保するとの見方が示されていることから、「消費者厚生を増大・資源の効果的な配分」を 82 条の目的として、且つ、一般論として再定義しようと試みた 82 条 DP の論調に比べると、外形主義的アプローチに調和的な論調となったように見受けられるが、同時に「消費者利益や生産性」を委員会における競争法執行上の判断基準と捉えており、依然として効果主義的アプローチを採ることについて意欲を示しているものと解される。

<消費者を害する反競争的排除について>

82 条ガイダンスでは違法な濫用行為によってもたらされる状態を「反競争的排除 (anti-competitive foreclosure)」と観念し、これを「支配的事業者の行為の結果、実在の又は潜在の競争者が流通や市場へ効果的にアクセスすることが阻害され又は排除されることにより、支配的事業者が消費者を害することとなる価格引上げを行うことができる状態」²¹⁰と定義する。そして反競争的排除の存否を判断する上で、①支配的事業者の地位²¹¹、②関連市場の状態²¹²、③競争者の地位²¹³、④顧客又は供給事業者の地位²¹⁴、⑤濫用行為の程度²¹⁵、⑥実際の排除効果²¹⁶、および⑦排他的戦略についての直接的証拠²¹⁷等の存在が考慮され、ここでは多面的な観点から客観的証拠により反競争の状態を判定するアプローチが志向されている²¹⁸。

<正当化事由>

82 条 DP 同様、82 条ガイダンスにおいても委員会は 82 条の執行に際して支配的事業者の正当化事由を審査するとされ「支配的事業者は、当該行為が客観的に必要であることを証明することにより、或いは、当該行為が消費者に及ぼす反競争的效果を上回る実質的な効率性を生み出すことを証明することにより」抗弁が可能であるとし、委員会は「当該行

²⁰⁹ Id. para. 5.

²¹⁰ Id. para. 19.

²¹¹ 支配的地位が強いほど、当該地位を防御する行為は反競争的排除を生じやすいとする (Id. para. 20)。

²¹² 市場の状態としては規模の経済やネットワーク効果も考慮され、前者は競争者の新規参入に影響を及ぼし、後者は競争者のシェア獲得に影響を及ぼすとされる (Id.)。

²¹³ 有効な競争状態を維持する上で競争者の存在は重要であるとする (Id.)。

²¹⁴ 支配的事業者の行為が、競争者の参入やシェア拡大にとって重要な地位にある顧客や供給事業者に対して為される場合、反競争的排除の性格を伴いやすいとの見方を提示する (Id.)。

²¹⁵ 関連市場において、行為の態様が定常的であればあるほど、また行為の期間が長ければ長いほど、そして行為によってもたらされる売上シェアが高ければ高いほど、反競争的排除の効果は大きいとの見方を示す (Id.)。

²¹⁶ 支配的事業者の市場シェアが増大するか、もしくは市場シェアの減少が緩やかになっていけば反競争的排除の効果を示す証拠になるとし、同様に、実在の競争者が駆逐されるか、もしくは潜在的競争者が参入に失敗していれば反競争的排除の効果を示す証拠になるとの考えを示す (Id.)。

²¹⁷ 例えば、競争者を排除するための詳細な実行計画といった内部文書は、支配的事業者の行為を解釈する上で直接的な証拠として有益であるとする (Id.)。

²¹⁸ 反競争的排除の存否を判断する要素のうち、対市場効果(効果主義)に直接的に関係するのは⑥であろう。

為が支配的事業者の達成目標にとって不可欠(indispensable)且つ比例的(proportionate)であるか否か」を審査することにより判断すると述べる²¹⁹。

ここで前者の抗弁(客観的必要性の抗弁)に関しては、問題となる製品の特性にとって安全性や衛生面を理由として抗弁が為される場合、その客観性を担保する上で公衆衛生や安全基準を策定し実施する公的機関(public authorities)の判断が考慮されるとの考えを示す²²⁰。

また後者の抗弁(効率性の抗弁)に関しては 82 条 DP で示された 4 要件²²¹とほぼ同じ 4 つの要件の全てを満たすことが求められ、効果主義的アプローチを重要視する内容となっている²²²。すなわち、

- ①' : 行為の結果として効率性が実現され、又は実現される見込みであり²²³、
- ②' : 当該行為がこれら効率性の実現にとって不可欠であって²²⁴、
- ③' : 当該行為によってもたらされる効率性が、関連市場における競争や消費者厚生にもたらされる悪影響よりも大きく²²⁵、
- ④' : 当該行為が実在的・潜在的競争活力の全て又はそのほとんどを除去してしまうことにより有効な競争が排除されないこと²²⁶。

なお、客観的必要性の抗弁も効率性の抗弁も、その立証責任は支配的事業者側にあるとする²²⁷。

<供給拒絶について>

82 条ガイダンスでは一般論として「支配的であるか否かにかかわらず、いかなる事業者も取引相手を選択する権利を有し、自身の財産を自由に処分する権利を有している」との取引自由の原則が妥当することを前提とし、「支配的事業者に対して供給義務を課すこととなる 82 条の適用に際しては慎重な検討が必要である」との立場を示す。そして「事業者の意に反してそのような供給義務を課す場合、支配的事業者や支配的になろうとしている意欲的な事業者において、投資の見合わせや投資の減少を生起させ」、他方、「競争者は自ら

²¹⁹ Id. para. 28. ここでは United Brands 事件判決で示された正当化事由の審査手法が参照される(See, United Brands, supra note 22, para. 184)。

²²⁰ See, Article 82 GP, supra note 204, para. 29.

²²¹ See, Article 82 DP, supra note 71, paras. 84-91. および、参照、前掲注 101~104。

²²² See, Article 82 GP, supra note 204, para. 30.

²²³ 例えば、製品品質に関する技術的改良や製品・流通に関するコスト低減の実現可能性が考慮される(Id.)。

²²⁴ このとき、同等の効率性を生み出す上で、より反競争的でない他の代替的行為が存在しないことを証明する必要がある(Id.)。

²²⁵ Id.

²²⁶ 競争者の存在は経済効率性を増大させる本質的要素であり、競争者の保護と競争過程の保護は効率性をもたらす利益よりも重要であるとも付言する(Id.)。なお、この点に関する批判は前掲注 104, および前掲注 135 を参照。

²²⁷ 82 条ガイダンスでは 82 条 DP で記載されていた「競争対抗上の抗弁」についての言及が無いが、これはこのような抗弁が認められないことを意味するものではなく、対抗販売等の競争的対抗が客観的に必要かつ相当であれば、その正当性が認められるものと解される(参照 伊永(上)・前掲注 204, 48 頁)。また、この見方は 82 条ガイダンスが「比例性(proportionate)」を考慮していることから首肯されよう。

が投資する代わりに支配的事業者による投資にタダ乗りするかもしれない」ため、長期的には消費者利益を害することになるとの考えを示す²²⁸。

また、82 条ガイダンスでは 82 条 DP 同様、供給拒絶の態様としては垂直的供給拒絶のみが取り上げられており、水平的供給拒絶、或いは、排他的行為(例えば、排他条件付取引、抱き合わせ、並行輸入阻止等)の実効性を担保する手段としての供給拒絶については論及されていない²²⁹。これは、委員会の規制スタンスとして、川上市場における支配的事業者が川下市場で競合する買い手に対して製品・サービスの供給を拒絶する「垂直的供給拒絶」を競争法上の問題として重要視しており、且つ、競争政策上の優先課題として位置付けていることを示している。そして具体的には、下記 3 つの要件を全て充たす垂直的供給拒絶に対して競争法の執行が必要であるとする²³⁰。

- (a) 当該供給拒絶が、川下市場における有効な競争を可能ならしめる上で客観的に必要とされる製品・サービスに関連するものであり²³¹、
- (b) 当該供給拒絶が、川下市場における有効な競争を減殺してしまう蓋然性があり²³²/233、
- (c) 当該供給拒絶が、消費者を害する蓋然性がある場合²³⁴。

82 条ガイダンスでは継続供給拒絶も新規供給拒絶も区別なく上記(a)～(c)の違法要件の下で審査に服すとの立場が示されているが、とりわけ、上記(a)に関し、客観的必要性の認定において継続供給拒絶は新規供給拒絶よりも濫用を構成しやすいとし、例えば、支配的事業者と相手方事業者とが供給者と被供給者という関係にあり、被供給者が供給財に関して「関係特殊的投資(relationship-specific investments)」を行っている場合、委員会は当該

²²⁸ See, Article 82 GP, *supra* note 204, para. 75.

²²⁹ 従って、専ら上記にいう「排他的行為の実効性を担保する手段としての供給拒絶」が問題となるメーカー＝流通業者間の供給拒絶についてはここでの検討の対象外とされている。

²³⁰ *Id.* para. 81.

²³¹ ここでは「供給財の客観的必要性(objective necessity of the input)」が審査され、委員会は、支配的事業者が供給する商品が川下市場において客観的に必要か否かを判断する上で、競争者が支配的事業者による供給を近い将来において代替することが出来るか否かについて評価する(*Id.* para. 83)。

²³² ここでは「有効競争の減殺(elimination of effective competition)」が審査され、委員会は、川下市場における支配的事業者について、その市場シェアが高いほど、競争者に対する供給に制約が少ないほど、競争者の生産財と支配的事業者の生産財との代替性が高いほど、そして影響を受ける競争者の割合が高いほど、競争の減殺効果は高くなるとの見方を示す(*Id.* para. 85)。

²³³ また、支配的事業者が川下市場に対して、持続的に利益を上げることができない価格設定をすることも垂直的供給拒絶の範疇に含まれ(いわゆる利益圧搾(margin squeeze))、この場合、川下市場で「同等に効率的な競争者(equally efficient competitor)」を想定した同等効率的競争者テストを行うことを提示する(*Id.* para. 80)。なお、82 条 DP 同様、82 条ガイダンスにおいても価格ベースの排除行為(price-based exclusionary conduct)に対しては同等効率的競争者テストを採用することを表明している(*Id.* para. 23)。

²³⁴ ここでは「消費者の損害」が審査され、委員会は、供給拒絶を事業者が行うことによって消費者にもたらされる悪影響と、供給義務を事業者に課すことによって消費者にもたらされる悪影響とを比較衡量によって判断するとし、また、供給拒絶によって革新的商品やサービスを有する競争者の参入が阻害された場合や、後続の技術革新が抑制される場合には消費者に損害が生じるものとみなすとする(*Id.* paras. 86-87)。

供給財を客観的必要性の観点から不可欠なものとみなすとの見解を示す²³⁵。

また、不可欠な供給財の所有者であるという事実は、当該供給財を供給することによって利益を享受していたことを基礎付けるものであり、当該供給財を供給することによって所有者が投資不採算を被るというリスクを意味するものではなく²³⁶、従って、支配的事業者は、既存の供給関係の継続が投資不採算リスクを生起させるという状況の変化がある場合には、これを証明する義務があるとの考えを示す²³⁷。

《小括》

以上のように、82 条ガイダンスで示された排他的濫用行為に対する欧州委員会の現時点における 82 条(現 EU 機能条約 102 条)の執行方針は、消費者厚生や効率性といった経済学的価値基準を判断基準として違法認定を行うことに意欲を示すものであり、これは従来の判例法理に基づき条約の目的規定を判断基準として違法認定を行う司法裁判所の執行方針とは立場と方向性を異にする。

消費者厚生や効率性を違法性判断基準として採用するには、排他的行為がもたらす競争促進的効果と反競争的効果の比較衡量が必要となり、実務的には困難を伴うため、司法裁判所はその採用に否定的であり²³⁸、学説からも懐疑的な見解が示され²³⁹、また、法と経済学の先進国である米国においても消費者厚生基準は未だ反トラスト法実務として定着するに至っていない²⁴⁰。従って、欧州委員会の執行方針が受け入れられるにはなお一層の議論と時間を要するものと思料される。

それでは、このように競争当局と裁判所とがその執行方針に関して異なるベクトルを示す中で、EU 総体としての競争法執行のベクトルはどのように定位されるのであろうか。改めて両者における 82 条の目的に関するスタンスを確認すると、裁判所は条約の目的規定(旧 3 条 1 項 g 号)に従い「競争過程の保護」を 82 条の目的と捉えているのに対し²⁴¹、当局は「消費者の保護」を 82 条の目的と捉えている²⁴²。他方で、裁判所は「消費者の保護」を目的と

²³⁵ Id. para. 84.

²³⁶ この考え方は、継続取引拒絶が利益犠牲を伴う不合理な行為であることを意味するものであり、「利益犠牲テスト」の考え方に近似する(参照 第 4 章 第 3 節)。

²³⁷ See, Article 82 GP, *supra* note 204, para. 84.

²³⁸ その典型例が GSK GWSA 事件判決であり、司法裁判所は第一審裁判所が厚生主義・効果主義的な観点から違法認定したアプローチを否定した(See, GSK GWSA, *supra* note 158, para. 62)。

²³⁹ See, Ahlborn & Padilla, *supra* note 89, at 87.

²⁴⁰ 消費者厚生を違法性判断基準とする場合、消費者の利益は害するが競争者の排除を伴わない行為まで過剰に規制してしまう恐れ(過剰抑止 : overdeterrent)があり、また、競争者の競争機会は損なうが、消費者の利益を害さない行為を見逃してしまう恐れ(過小抑止 : underdeterrent)が指摘される(See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law III 3rd ed.”, ¶ 651b. at 100-101 (2008))。

²⁴¹ See, e.g., GSK AEVE *supra* note 165, para. 66.

²⁴² See, Article 82 GP, *supra* note 204, para. 5.

して意識する場合²⁴³、「競争過程の保護」は『手段』と定位しており²⁴⁴、この場合、前者を究極目的として、そして後者を直接目的として理解することが可能であるように思われる²⁴⁵⁾²⁴⁶。同様に、当局においても 82 条ガイダンスでは競争過程を侵害することが明らかな行為は消費者に損害を及ぼすものとみなすという立場が採られており²⁴⁷、競争過程の侵害という把握可能な事象から消費者の損害という把握困難な事象を推定する手法により、直接的には競争過程を保護することで、間接的に消費者を保護することが企図されている。また、このように理解することが可能であるならば、当局と裁判所はともに競争過程を保護法益とする点において一致し、具体的には能率競争(competition on the merits)²⁴⁸を奨励し、能率競争に反する行為を違法な排他的行為として捉える点において両者のベクトルは交錯するものとする。

さらに、上記のように両者の交錯する点を競争過程の保護に見出した場合、82 条違反を識別するツールとしては先に言及した能率競争テストが妥当であると思われる、より具体的には不当なライバル費用引上げテストが有効であると思われる²⁴⁹。先に検討した 82 条 DP では能率競争に基づかないライバル費用引上げ行為を典型的な排他的行為と捉えており²⁵⁰、不当なライバル費用引上げテストは EU 競争政策においても採用可能な違法性識別テストであると解される。また、当該不当なライバル費用引上げテストは濫用行為の個別類型である継続供給拒絶についても適用可能であり、支配的事業者が従来継続していた供給を拒絶することにより、拒絶された側の事業者は代替供給先の探索や関係特殊の投資に対する費用負担を強いられ、これは被拒絶事業者における不当な費用増大(すなわち、支配的な拒絶事業者による排除を目的とした競争者への不当な費用引上げ)として識別することが可能である。従って、当該継続供給拒絶は能率競争に反する行為として定位され、これを判例法理に則して解釈すれば、支配的事業者による当該拒絶行為は競争過程を侵害する効果を有するため旧 3 条 1 項 g 号に反するとともに 82 条に反して違法であるとの立論が考えられ

²⁴³ 旧 EC 条約 3 条 1 項 t 号には「消費者保護の強化に対する貢献」という目的規定がある。

²⁴⁴ See, GSK AEVE *supra* note 165, para. 68.

²⁴⁵ Ahlborn & Padilla は、競争政策における目的として「直接目的(direct goal)」と「間接目的(indirect goal)」を提示し、例えば、オールド自由主義的競争観における直接目的は「経済的自由の保護(the protection of economic freedom)」であり、当該「経済的自由の保護」により導かれる「経済厚生最大化(the maximization of economic welfare)」は把握不能であるが故に間接目標であると述べる(See, Ahlborn & Padilla, *supra* note 89, at 61)。

²⁴⁶ また同様に、日本の独占禁止法の法目的を巡る議論においても、判例は「自由競争経済秩序の保護」を直接目的とし、「一般消費者の利益の確保」および「国民経済の民主的で健全な発達の促進」を究極目的とする立場を示し(石油価格協定刑事事件〔最判昭 59・2・24 判時 1108 号 3 頁〕)、学説も「公正かつ自由な競争の促進」を直接目的とし、「一般消費者の利益の確保」および「国民経済の民主的で健全な発達の促進」を究極目的とする立場が通説とされる(根岸＝舟田・前掲注 194, 26 頁、)。また、「究極目的の観点からすれば、直接目的はその手段」であるとされる(伊從寛＝矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』〔伊從寛執筆部分〕(青林書院・2000 年)19 頁)。

²⁴⁷ See, Article 82 GP, *supra* note 204, para. 22.

²⁴⁸ 競争過程の保護と能率競争概念は実質的に同一視し得るものと解される(参照 川濱・前掲注 69)。

²⁴⁹ ライバル費用引上げテストについては、本稿 第 4 章 第 4 節を参照。

²⁵⁰ See, Article 82 DP, *supra* note 71, paras. 58-60. See also, British Midland, *supra* note 56.

251、他方、これを 82 条ガイダンスに則して解釈すれば、支配的事業者による当該拒絶行為は競争過程を侵害する効果を有するため消費者利益を害する蓋然性が認められ 82 条に反して違法であるとの立論が考えられる²⁵²。

なお、本稿における検討によれば、米国における継続取引拒絶の違法性判断アプローチとしては、行為の反競争性を識別する基準としてライバル費用引上げテストと利益犠牲テストが有効であると考えられるものであるが²⁵³、「能率競争によらない排除行為」を違法とし、「競争過程を害する行為」を違法とする立場は米国と EU に共通する。ライバル費用引上げテストと利益犠牲テストは共に「能率競争によらない排除行為」を識別するテストであり、従って、両テストは EU における市場支配的地位の濫用行為としての継続供給拒絶に対しても適用可能であると解される²⁵⁴（例えば、82 条 DP が典型的な排他的行為と捉える「能率競争に基づかないライバル費用引上げ」行為に継続供給拒絶が該当するとした場合、「能率競争に基づかない」に相当する反能率競争性を“短期的な利益を犠牲にして競争者を排除し長期的な市場独占による利益獲得”と観念してこれを利益犠牲テストによって、また、“ライバル費用引上げ”は競争者に対する事業活動の困難化と観念して文字通りライバル費用引上げテストによって識別することが考えられよう）。

もっとも、継続供給拒絶とは異なり、新規供給拒絶に対しては、「ベースライン問題」²⁵⁵を理由としてライバル費用引上げテストの適用は困難であると想定される。

しかるに、EU では新規供給拒絶を支配的地位の濫用として積極的に違法認定した事案が相当数存在し、米国とは異なる判断枠組みが存在することをうかがわせる。

本章では、EU における単独・直接の新規供給拒絶に対する規制法理について探索する。

²⁵¹ この点に関し、リスボン条約の発効により旧 3 条 1 項 g 号は『域内市場および競争に関する議定書』に移され、新たな目的規定として EU 条約 3 条 3 項に「競争力の高い社会的市場経済等を域内市場に設立」することが謳われた。議定書は EU 条約および EU 機能条約に付属するものであるが、「不可分の一部」として法的効力は条約本編と同じである(EU 条約 51 条)。なお、司法裁判所が目的論的解釈を志向してきたことに鑑みて、従来の目的規定が議定書へ移管されたこと、および新たに「社会的市場経済」という文言が採用されたことを注視する必要があるとの指摘がある(参照 市川・前掲注 74, 73 頁)。

²⁵² 82 条ガイダンスで示されている供給拒絶に対する違法認定の 3 要件への当てはめについては、能率競争テスト(不当なライバル費用引上げテスト)により競争過程が侵害されたと認められる場合には(要件(b)が充足される場合には)、消費者利益を害する蓋然性が認められる(要件(c)も充足するものとみなす)という判断手法が想定される(See, Article 82 GP, *supra* note 204, para. 81)。

²⁵³ ライバル費用引上げテストと利益犠牲テストの相互活用については、本稿 第 4 章 第 5 節を参照。

²⁵⁴ 例えば、ライバル費用引上げテストについては British Midland 事件決定で不当なライバル費用引上げテストの概念が採用されており(See, British Midland, *supra* note 56, paras. 28-29)、また、利益犠牲テストについては 82 条ガイダンスにおいて、支配的事業者が継続的な供給を拒絶するに際して、利益犠牲を伴わないことを証明できれば、当該供給拒絶を合理的な行為として抗弁することは可能であるとしており、同テストの概念を反映している(See, Article 82 GP, *supra* note 204, para. 84)。

²⁵⁵ ライバル費用引上げテストにおいては、競争者における「実際の費用増大」を評価することが必要であり、供給拒絶が無かった場合をベースライン(初期値)として競争者における費用増大を評価する。その際、継続供給拒絶に対しては競争者における費用増大を評価することは可能であるが、新規供給拒絶に対しては供給義務が無い限りベースラインを設定し得ず、従って、競争者における費用増大は評価不可能であり、同テストは有効に機能しない(この考え方の詳細は、第 4 章 第 4 節を参照)。

第8章 単独・直接の「新規取引拒絶」に対する EU 判例法理の形成と展開

前章では EU における競争法の目的論や市場支配的地位の濫用行為に対する規制概念を巡って展開されている議論の動向を踏まえ、「継続取引拒絶」(継続供給拒絶)の規制法理について検討を試みた。

本章では単独・直接の取引拒絶のもう一つのカテゴリーである「新規取引拒絶」(新規供給拒絶)について検討を行う。EU における新規取引拒絶規制¹は米国における規制状況よりも積極的・活発であると評され²、その理論的基礎を成すのが EF 理論(Essential Facilities Doctrine:「不可欠施設の法理」とも言う)³であると解されている⁴。

以下では、EU における EF 理論の位置付けや適用状況を概観するとともに、規制法理と

¹ EU では取引拒絶と同様の態様を採るライセンス拒絶も競争法上の問題として扱われるが(この点については比較法的な論点も含めて後述)、ライセンス拒絶は基本的に新たな取引申込の拒絶(すなわち、新規取引拒絶のカテゴリー)に含まれるとしつつ、知的財産権にかかる新規ライセンス拒絶と物的財産権にかかる新規取引拒絶とを区別する立場がある(参照 細田孝一「支配的事業者による単独の取引拒絶と EC 競争法」土田和博＝須網隆夫編著『政府規制と経済法－規制改革時代の独禁法と事業法』(日本評論社・2006 年)255 頁)。

² その理由として、EU 競争法においては欧州委員会の競争法執行における役割が米国に比して格段に大きいことが指摘され(参照 細田・前掲注 1, 263 頁)、また、アクセス料金等の取引条件に立ち入る規制に米国の裁判所と反トラスト当局が消極的なのに対し、欧州委員会は取引条件への介入をためらわないことが指摘される(参照 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策 [第 4 版]』(青林書院・2010 年)263 頁)。

³ EF 理論の母国は米国であり、MCI 事件連邦控訴裁判決(MCI Communications v. AT&T, 708 F.2d (7th Cir. 1983), [hereinafter, 'MCI'])において定式化(4 つの要件として明確化)が為されたが、米国の学説は、EF 理論の適用により取引が命じられた場合、拒絶対象物を被拒絶者が自ら生産することにより競争が活発化するのを規制が抑止してしまうこと、或いは、救済で取引が命じられる場合に裁判所が取引条件を適切に設定しこれを日常的に監督するのは困難であることを懸念し、さらには、一方的取引拒絶があり得た効率性を損なうことは少ないとの認識から EF 理論を否定的に捉える立場が支配的であり(See, e.g., Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, "Antitrust Law IIIA 2nd ed.", ¶ 771-774 (2002), [hereinafter, 'Areeda & Hovenkamp IIIA 2nd ed.']), 同様に、裁判所も EF 理論の適用に極めて消極的である(See, e.g., Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004), [hereinafter, 'Trinko']). 米国における EF 理論の形成と展開については本稿第 3 章を、また、その運用状況についての検討は同第 5 章を参照。

⁴ 欧州委員会が EF 理論を積極的に適用する要因として、第一に EU 単一市場化の進展にもかかわらず、ネットワーク産業(通信・電力・交通等)が依然として加盟国ごとに別々の大企業により支配されている状況にあり、これに対処する規制改革と歩調を合わせて EF 理論を適用することにより競争促進を図ることが必要とされていること、第二に行政庁である欧州委員会の決定によれば取引条件に踏み込んだ規制を行いやすいことが指摘される(参照 滝川・前掲注 2, 256 頁)。

⁵ 市場支配的地位の濫用行為に対する EF 理論の適用についてドイツ競争制限防止法および EU 競争法の観点から詳細な検討を行ったものとして、柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為(一)(二)(三)(四・完)」香川法学 22 巻 2 号(2002 年)91 頁以下、同 23 巻 1・2 号(2003 年)1 頁以下、同 24 巻 2 号(2004 年)119 頁以下、同 29 巻 2 号(2009 年)189 頁以下参照。

しての妥当性や適合性を検証し、単独・直接の新規取引拒絶に対する規制の在り方について考察を行う。

第1節 欧州委員会による単独・直接の新規取引拒絶規制法理としての EF 理論の形成

1-1. 欧州における不可欠な施設へのアクセス拒絶規制の萌芽

EU では新規取引の拒絶行為に対し、欧州委員会が積極的な規範形成を試みてきた。そのリーディング・ケースとされるのが **Sabena** 航空事件決定である。同事件では、事業遂行上不可欠とされる設備へのアクセス拒絶が旧 EEC 条約 86 条に違反するか否かが争われた。

Sabena 航空事件決定⁶ (1988 年) 【Type Y】

本件は、ベルギーのフラッグ・キャリアである **Sabena Belgian World Airlines**(以下、「**Sabena**」という)が、英国の航空会社である **London European Airways**(以下、「**LEA**」という)に対して、自社の運営する「**Saphir**」と呼ばれるコンピューター座席予約システムへのアクセスを拒絶した事案である。

コンピューター座席予約システムは旧来の電話予約システムに比べ、スピード、データ量、予約とチケット発行の迅速性、データ情報の逐次更新といった面で優れたシステムであり、**Sabena** の運営する **Saphir** システムは航空会社が **Brussels** 発着路線に就航するに際して不可欠(essential)であるとされていたところ⁷、**Sabena** は **Saphir** システムの利用許諾を巡る **LEA** との交渉において、i) **LEA** が **Sabena** の要求する運賃に改定すること、又は、ii) **LEA** が就航させる航空機の地上サービスを **Sabena** に委託することを条件として提示したが、**LEA** がこれを受け入れなかったため、**Sabena** は **LEA** に対し **Saphir** システムの利用を拒絶した⁸。

これに対し、欧州委員会は本件の関連市場を、「ベルギーにおけるコンピューター座席予約サービス市場」と画定したうえで⁹、**Sabena** の市場支配的地位の認定に関し、①当該関連市場において、**Saphir** システムが 40～50%のシェアを有していること¹⁰、②ベルギーの旅行代理店のうち、118 社が **Saphir** システムを使用し、他の座席予約システムを利用して旅行代理店は 20 数社に過ぎないこと¹¹、および③**Brusseles** 便を運行している航空会

⁶ London-European / Sabena, [1988]OJ L317/47, [hereinafter, 'Sabena'].

⁷ 本決定によれば、新規参入者が市場で既存事業者と競争する上で、**Saphir** システムへのアクセスは不可欠(essential)であったと認定されている(Id. para. 14).

⁸ Id. paras. 9-12.

⁹ Id. para. 16.

¹⁰ Id. para. 24.

¹¹ Id.

社は、コスト面で利用を希望していない2社を除き、全て Saphir システムを利用していることから¹²、Saphir システムを有する Sabena の市場支配的地位を認定した¹³。

そして、Sabena の濫用行為については、Sabena が Saphir システムへのアクセス拒絶を通じて LEA に対し間接的に運賃改定の圧力をかけることは自由な競争システムに相容れない行為であること¹⁴、Sabena によるアクセス拒絶は LEA に Brussels 便の開設を断念させるものでありサービスや技術の発展を制限し消費者の利益を害すること¹⁵、および、Saphir システムの利用契約と地上サービスの委託契約とを抱き合わせる行為は明らかに 86 条に反するものであることを指摘し¹⁶、Sabena によるこれら行為を濫用行為と認定した。

また、欧州委員会は、競争者としての LEA が排除されることによって域内市場は直接的・潜在的な影響を受け、市場における競争構造が変容するとの見方を提示し、86 条は有効な競争システムを害する行為に対して適用されると説示した¹⁷。

本決定は、事業遂行上不可欠とされる設備を有する市場支配的事業者のアクセス拒絶を濫用行為と認定し、EU 競争法上、新規取引拒絶が違法となり得ることを示したパイオニア的決定である。とりわけ、濫用行為の認定に関して二つの特徴が見出せる。一つは、不可欠施設へのアクセス拒絶を梃子とした価格拘束行為や抱き合わせ行為を濫用と捉える立場であり、競争法上不当な目的を達成する手段としてアクセス拒絶が行われた場合これを違法視する立場である。そしてもう一つは、不可欠施設へのアクセス拒絶が新たなサービスの出現や技術の発展を制限し消費者利益を害する場合に濫用と捉える立場である。前者の立場は継続取引拒絶の事案でも見受けられるため¹⁸、取引拒絶一般の濫用認定根拠であると解されるが、後者の立場は継続取引拒絶の事案では見受けられず¹⁹、新規取引拒絶に固有の濫用認定根拠であると解される(この後者の立場は、後の判例・決定でも論点となっている)。

もっとも、本決定は不可欠施設へのアクセス拒絶に関し、事案の態様に即して違法認定を行ったものであり、いわゆる「EF 理論」としての違法要件を定立するには至っていない。委員会が「EF 理論」に初めて言及したのは以下に見る B&I 事件決定であり、それに続く一連の港湾関連事件で欧州委員会により EF 理論の形成が試みられた。

¹² Id. para. 26.

¹³ Id. para. 27.

¹⁴ Id. para. 29.

¹⁵ Id. para. 30.

¹⁶ Id. para. 31.

¹⁷ Id. paras. 32-33.

¹⁸ 例えば、United Brands 事件判決(Case 27/76, United Brands v. Commission [1978] ECR 207, [hereinafter, 'United Brands'])は、取引の相手方が競争者と取引しないことを条件に供給を継続し、これに反した場合に供給を拒絶するものであり、当該供給拒絶は排他条件付取引の実効性を確保する手段として構成され、GSK AEVE 事件判決(Jointed Cases C-468/06 to C-478/06 Sot. Lelos kai Sia EE v. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton [2008] ECR I -7139, [hereinafter, 'GSK AEVE'])は、取引の相手方が並行輸出をしないことを条件に供給を継続し、これに反した場合に供給を拒絶するものであり、当該供給拒絶は拘束条件付取引の実効性を確保する手段として構成される。

¹⁹ 継続取引拒絶の事案においては、既存サービス・既存技術の供給の制限によって消費者利益が害されることになろう。

1－2．一連の港湾関連事件決定を通じた EF 理論の形成

<各事案の概要>

(a) B&I 事件決定²⁰(1992 年) 【Type Y】

Sealink は Holyhead 港の港湾管理者であり、且つ、Holyhead=Dublin 間にフェリーを運航する英国の会社であった。他方、B&I はアイルランドのフェリー運行会社であり、当該 Holyhead=Dublin 間へのフェリーの就航に際して Holyhead 港の利用を申し入れたところ、Sealink はフェリー運行スケジュールを自社に有利な形に変更する一方で、B&I には競争上不利な運行スケジュールを提示したため、B&I は欧州委員会に対し Sealink の運行スケジュールの変更の差し止めを求めた。

欧州委員会は、まず市場支配的地位の認定に関し、英国とアイルランドを結ぶ複数の航路のうち中央航路(central corridor)への就航に必要な港湾施設供給市場(the market for the provision of port facilities)が本件の関連市場であるとした上で、Holyhead 港は当該航路における英国側の唯一の港であり、Sealink が港湾管理者として Holyhead 港の収容能力を支配していることから Sealink の市場支配的地位を認定した²¹。

次いで、濫用行為の認定の中で“不可欠施設(essential facility)”の概念に言及し、「競争者がそれへのアクセス無くして顧客にサービスを提供できないような施設もしくはインフラ(a facility or infrastructure without access to which competitors cannot provide services to their customers)」²²であると定位し、「不可欠施設を保有し、且つ、自らがこれを利用する支配的事業者が、競争者に対して当該施設へのアクセスを拒絶することにより、或いは、競争者に対して不利な条件でのみ当該施設へのアクセスを認めることにより、競争者が競争上不利な状況に置かれる場合には 86 条に違反する」²³との立場を示した。そして、「市場支配的事業者は関連市場において差別的な取扱いをしてはならない」²⁴とし、また、「不可欠施設の所有者がある市場における支配力を他の市場における地位の強化に用いる場合、とりわけ、競争者に対して不利な条件でのみアクセスを認めるような場合には、当該競争者に競争上不利な状況を強いることとなるため、正当化事由の無い限り 86 条に違反する」²⁵と説示しつつ、「このような支配的事業者は正当化事由の無い限り、当該不可欠施設の共用に関して競争者に競争上の不利益を課してはならない義務がある(such an

²⁰ B&I Line / Sealink Harbours, Commission Decision of 11 June 1992 in Case IV/34.174, [1992] 5 CMLR 255, [hereinafter, 'B&I'].

²¹ Id. para. 39.

²² Id. para. 41.

²³ Id.

²⁴ Id.

²⁵ Id.

undertaking is under a duty not to impose a competitive disadvantage upon its competitor in the use of the shared facility without justification)」²⁶との立場を示した。

そして上記のように述べた上で、本件における正当化事由の適否に関しては、「市場支配的事業者が自身のサービスを改善できるとして、その改善が競争者を必然的に害するような場合、市場支配的事業者自身の商業的利益を生むことは、競争者の競争状態を害したことに対する 86 条の観点からの正当化事由とはならない (A dominant company may improve its service but if that improvement will necessarily harm its competitor then its own commercial interests are not enough for the purpose of Article 86 to justify the resulting harm to the competitive situation of its competitor.)」²⁷との考えを示し、また、「もし、行為が濫用と認定されるべきでないならば、当該行為が防御として必要であることを客観的事実として抗弁しなくてはならない(if the conduct is not to be considered an abuse, it must relate instead to an objective concern which the conduct is necessary to protect)」²⁸と述べ、本件においては Sealink がフェリー運行スケジュールを変更することによって競争者である B&I に費用支出を余儀なくさせつつ自社の商業的利益を追求することは正当化し得ず、また、B&I に対するアクセス拒絶が防御として必要であった旨の正当化抗弁も主張されていないとして Sealink の行為を濫用行為と認定した²⁹。

(b) Sea Containers 事件決定³⁰(1993 年) 【Type Y】

本件は、前記 B&I 事件決定で被審人となった Sealink が、再び被審人となって 86 条違反を問われた事案である。

英国に本拠地を置く Sea Containers(以下、「SC」という)が、Holyhead の港湾管理者であり、且つ、Holyhead=Dublin 間のフェリー運行会社である Sealink に対して、同航路に高速フェリーの就航を申し入れたところ、Sealink は利用させることが可能であったにもかかわらず、技術的困難とキャパシティ不足を理由にこの申し入れを拒絶したため、SC は Sealink の行為を市場支配的地位の濫用として欧州委員会に訴えた。

欧州委員会は以下のように B&I 事件決定とほぼ同じ内容で EF 理論を展開し、Sealink の Holyhead 港へのアクセス拒絶を濫用行為として認定した。

まず、市場支配的地位の認定に関しては、B&I 事件決定と同じく英国とアイルランドを結ぶ中央航路への就航に必要な港湾施設供給市場を本件の関連市場とした上で、Holyhead 港は当該航路における英国側の唯一の港であり、Holyhead に代わり得る港としては Liverpool 港があったが、Holyhead=Dublin 間に比べて Liverpool=Dublin 間は約二倍の

²⁶ Id. para. 42.

²⁷ Id. para. 43.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

³⁰ Sea Containers / Stena Sealink, [1994] OJ L15/8, [hereinafter, 'Sea Containers'].

距離がありフェリーサービスの代替港として現実的ではなかったこと³¹、および、SC が自前で新たに港湾設備の建設を行うことも物理的・経済的に現実的ではなかったこと³²、そして、Sealink が港湾管理者として Holyhead 港の施設運用を支配していることから Sealink の市場支配的地位を認定した³³。

次いで、濫用行為の認定に関しては、不可欠施設を「競争者がそれへのアクセス無くして顧客にサービスを提供できないような施設もしくはインフラ」³⁴であると定義し、不可欠施設へのアクセス拒絶の違法性に関しては「不可欠施設を保有し、且つ、自らがこれを利用する支配的事業者が、他の事業者に対して正当な理由無く当該施設へのアクセスを拒絶する場合、或いは、競争者に対して自社に供するよりも不利な条件でのみ当該施設へのアクセスを認める場合には 86 条に違反する」³⁵と説示した³⁶。

そして、上記に言う正当化事由に関しては、不可欠施設によって市場支配的地位を享受している Sealink は、SC の申し入れに対してこれを拒む場合、代替案の提示や誠実に協議を尽くす義務があるべきところ、Sealink は何らの対応も講じておらず正当化事由は認められないとし、Sealink のアクセス拒絶を濫用行為と認定した³⁷。

なお、本件において「この原理(EF 理論)は、不可欠施設へのアクセスを求める競争者が関連市場に参入する新規参入者である場合に適用される(This principle applies when the competitor seeking access to the essential facilities is a new entrant into the relevant market)」³⁸とした点が注目され、このことから、欧州委員会が EF 理論を新規取引拒絶に対する規制法理と位置付ける姿勢が読み取れる。

(c) Hafen Roedby 事件決定³⁹(1993 年) 【Type Y】

デンマークの Roedby 港とドイツの Puttgarden 港を結ぶフェリー路線は、デンマークの公益事業者である DSB とドイツの公益事業者である DB(Deutsche Bundesbahn)が共同管理しており、両社は共通チケットや共通運行スケジュールを展開する関係にあった。また、DSB は Roedby 港を排他的に管理しており、且つ、デンマークと近隣諸国間のフェリー運行サービスも行っていた。他方、スウェーデンのフェリー運行会社である Stena Rederi AB(以下、「Stena」という)が DSB に対して Roedby 港に私的商業港湾を建設すること、および Roedby=Puttgarden 間にフェリーを就航することを申し入れたところ、DSB はこれ

³¹ Id. para. 63.

³² Id. para. 64.

³³ Id. para. 65.

³⁴ Id. para. 66.

³⁵ Id. para. 66.

³⁶ さらに、「不可欠施設の所有者が、ある市場における支配力を他の市場における地位の強化に用いる場合、とりわけ、競争者に対して不利な条件でのみアクセスを認めるような場合には、当該競争者に競争上不利な状況を強いることとなるため 86 条に違反する」との立場も B&I 事件決定と同じである(Id.)。

³⁷ Id. para. 70.

³⁸ Id. para. 67.

³⁹ Stena / DSB, [1994] OJ L55/52, [hereinafter, 'Hafen Roedby'].

ら申し入れを拒絶したため、Stena は欧州委員会に対して DSB の拒絶行為は国家による排他的活動を禁じた旧 EEC 条約 90 条⁴⁰、および支配的地位の濫用を禁じた 86 条に違反するとして訴えを提起した。

欧州委員会は DSB が条約 90 条にいう公益事業者に該当する⁴¹とした上で、まず市場支配的地位の認定に関し、本件の関連市場をデンマークの Rodby 港とドイツの Puttgarden 港を結ぶ航路への就航に必要な Rodby 港の港湾サービス供給市場であるとし⁴²、DSB は加盟国によって Rodby 港の運営管理の排他的権利を付与された公益事業者であること、および、Rodby=Puttgarden 間のフェリー運行サービスにおいて唯一の事業者であることから DSB の支配的地位を認定した⁴³。

次いで、濫用行為の認定に際して、DSB が所有し又は管理している港湾施設は不可欠施設であると認定し⁴⁴、ここにいう不可欠施設とは「それ無くして競争者が顧客に対してサービスを提供できないような施設またはインフラ」⁴⁵と定位し、「そのような施設へのアクセスを拒絶することは支配的地位の濫用を構成する」⁴⁶と述べ、不可欠な港湾施設を所有し管理する事業者は、86 条に違反しないよう、当該施設へのアクセスを希望する船会社の申し入れに対して、正当な理由無くこれを拒絶してはならないと説示する⁴⁷。

そして、本件における正当化事由に関しては、この当時、Rodby 港の需要は満たされておらず、DSB はサービスを拡張する余力を有していたことが確認されており、また、Stena の申し入れに対して技術的障害はなく、これを拒絶する正当な理由もなかったことから、公益事業者たる DSB が当該不可欠施設へのアクセスを拒絶することは条約 90 条と 86 条の双方に違反すると判断した⁴⁸。

(d) ICG 事件決定⁴⁹(1994 年) 【Type Y】

本件ではフランスの Roscoff 港とアイルランドの Cork 港および Rosslare 港を結ぶフェリー路線において、Roscoff 港の利用拒絶が問題となった。

Roscoff 港を管理する Chamber de Commerce et d'Industrie de Morlaix(以下、「CCIM」という)はフランスの公益事業者であり、Roscoff=Cork/Rosslare 間にフェリーを運航する Brittany 社の株主でもあった。他方、アイルランドのフェリー運行会社である Irish Continental Group(以下、「ICG」という)が Roscoff=Cork/Rosslare 間にフェリーの就航を

⁴⁰ 旧 EEC 条約 90 条は、公益事業者および特別のもしくは排他的権利を付与された事業者に対して、加盟国は本条約の法規に反するいかなる措置も制定または継続してはならないと規定する(Id. para. 6)。

⁴¹ Id.

⁴² Id. prara. 7.

⁴³ Id. paras. 10-11.

⁴⁴ これは前出の B&I 事件決定や Sea Containers 事件決定と同様の見方である (Id. para. 12)。

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Id. paras. 13-15.

⁴⁹ Irish Continental Group / CCI Morlaix, [1995] 5 CMLR 77, [hereinafter, 'ICG'].

希望し Roscoff 港の利用を CCIM に申し入れたところ、CCIM は協議を尽くすことなくこれを拒絶したため、ICG は CCIM の拒絶行為は 86 条に違反するとして欧州委員会に訴えを提起した。

欧州委員会は、まず市場支配的地位の認定に関し、本件の関連市場をフランスの Roscoff とアイルランドの Cork/Rosslare を結ぶ航路への就航に必要な Roscoff 港の港湾サービス供給市場であるとし⁵⁰、Roscoff 港に代わり得る港としては他に 3 つの港湾が存在していたが、何れの港湾も施設が不十分で就航距離も Roscoff=Cork/Rosslare 間に比べて著しく遠くなること、および、ICG が自前で新たに港湾設備の建設を行うのは物理的・経済的に現実的ではなかったことから、Roscoff 港が当該航路へ就航する上で唯一の港湾施設であるとされ、また、CCIM が港湾管理者として Roscoff 港の施設運用を支配していることから CCIM の市場支配的地位を認定した⁵¹。

次いで、濫用行為の認定に関し、CCIM が不可欠施設⁵²の供給において支配的地位を占めていると認めつつ、「二次市場において競合することを望む企業に対して、正当な理由なく、これら施設へのアクセスを拒絶することは支配的地位の濫用を構成する(Its refusal, without objective justification, to grant access to these facilities to a company wishing to compete with a company active in a secondary market constitutes an abuse of its dominant position)」⁵³と述べ、さらに本件が新規参入阻止の事案であることに関して、Hoffmann-La Roche 事件判決が「市場に存在する競争水準の維持もしくは発展を阻害する効果を有するような行為」を濫用と定位した⁵⁴ことを受け、「新規参入の阻止」は「競争水準の発展を阻害する」濫用行為であるとし、EF 理論によって新規参入阻害行為を規制することは判例法上妥当であるとの見方を示す⁵⁵。

また、上記に言う正当化事由に関し、市場支配的事業者(とりわけ、不可欠施設の管理者)は、当該施設への利用申し入れに対してこれを拒絶する場合、正当な事由(valid reason)が必要であるとし、CCIM が十分な協議を尽くさず交渉継続の意思を欠いていたことは不可欠施設を管理する支配的事業者の義務に反すると説示した⁵⁶。

<欧州委員会による EF 理論の定式化>

上記一連の港湾関連事件では、初期の B&I 事件決定で EF 理論の要件が提示され、これに続く 3 つの事案の委員会決定によって EF 理論の違法要件が確立されたと解される。

⁵⁰ Id. para. 54.

⁵¹ Id. paras. 55-57.

⁵² 既述の決定と同様、本決定においても不可欠施設は「それ無くして競争者が顧客に対してサービスを提供できないような施設またはインフラ」と定義されている(Id. para. 59)。

⁵³ Id.

⁵⁴ See, Case 85/76, Hoffmann-La Roche v. Commission, [1979] ECR 461, para. 91, [hereinafter, 'Hoffmann-La Roche'].

⁵⁵ See, ICG, supra note 49, para. 60. なお、同様の見方は Sea Containers 事件決定でも見られるが、ICG 事件決定のほうがより明確な表現で述べられている(See, Sea Containers, supra note 30, para. 67)。

⁵⁶ See, ICG, supra note 49, para. 66.

まず、B&I 事件決定が提示した EF 理論の要件は下記の 3 要件である。

- ①：関連市場において支配的事業者が(二次市場において)競争上不可欠な施設を保有・管理しており⁵⁷(第一要件)、
- ②：当該支配的事業者が(二次市場における)競争者に対して当該施設へのアクセスを拒絶し、或いは、不利な条件でのみアクセスを認め⁵⁸(第二要件)、
- ③：当該施設へのアクセス拒絶、或いは、アクセスに際し不利な条件を課すことに正当化事由が無い⁵⁹(第三要件)。

これら三つの要件を満たす場合に EF 理論が成立し、当該不可欠施設へのアクセス拒絶は市場支配的地位の濫用行為として 86 条に違反するというものである。

以下、各事案の状況から各要件を具体化すると、

第一要件に関して、Hafen Roedby 事件決定と ICG 事件決定によれば、支配的事業者には公益事業者も含まれ⁶⁰、また、支配的地位の認定に際しては、B&I 事件決定、Sea Containers 事件決定、Hafen Roedby 事件決定、および ICG 事件決定の何れにおいても「不可欠施設の提供市場」が「関連市場」と認定されているため、不可欠施設の保有者は必然的に支配的地位を有するものとみなされる⁶¹。

第二要件に関して、B&I 事件決定と Sea Containers 事件決定によれば、支配的事業者は不可欠施設へのアクセスを合理的・非差別的な条件で開放しなければならないとされ⁶²、また B&I 事件決定、Sea Containers 事件決定、Hafen Roedby 事件決定、および ICG 事件決定の何れにおいても、不可欠施設の保有者がその支配力を「梃子」として利用すること(すなわち、アクセス拒絶)によって、二次市場(secondary market(若しくは、川下市場(downstream market)))で競争者を排除するような場合、当該支配力の行使(アクセス拒絶)を濫用として捉えており⁶³、ここでは垂直的排除行為(vertical foreclosure)⁶⁴としてのアクセ

⁵⁷ See, B&I, supra note 20, para. 39.

⁵⁸ Id. para. 41.

⁵⁹ Id. para. 43.

⁶⁰ See, Hafen Roedby, supra note 39, para. 10; ICG, supra note 49, para. 57.

⁶¹ See, B&I, supra note 20, para. 39; Sea Containers, supra note 30, para. 65; Hafen Roedby, supra note 39, para. 7; ICG, supra note 49, para. 54.

⁶² See, B&I, supra note 20, para. 41; Sea Containers, supra note 30, para. 66.

⁶³ See, B&I, supra note 20, para. 41; Sea Containers, supra note 30, para. 66; Hafen Roedby, supra note 39, para. 12; ICG, supra note 49, para. 59. なお、「二次市場」の表現に関しては、B&I 事件決定と Sea Containers 事件決定が「他の関連する市場(another related market)」、Hafen Roedby 事件決定が「隣接市場(neighbouring market)」、ICG 事件決定が「二次市場(secondary market)」との表記を用いているが、何れも同義の用語であり、本稿では「川下市場(downstream market)」という用語も含めて同義の用語として扱う。

⁶⁴ 「垂直的排除(vertical foreclosure)」とは、投入要素が流通している川上市場(upstream market)と、製品を製造し又はサービスを提供する上で当該投入要素を必要とする川下市場(downstream market)を区別した上で、「(川上市場で投入要素を保有する)支配的事業者が、(川下市場における)買い手の経済活動を排除する目的で買い手に対して投入要素へのアクセスを拒絶する(a dominant company denies a buyer access to an input in order to exclude that buyer from participating in an economic activity)」状態な

ス拒絶(すなわち、「垂直的アクセス拒絶」⁶⁵⁾を問題視する。また、Sea Containers 事件決定と ICG 事件決定によれば、不可欠施設へのアクセス拒絶が問題となるのは新規参入阻止といった新規取引拒絶の事案が想定されており、EF 理論を新規取引拒絶の規制法理と位置付けている⁶⁶。なお、この当時、欧州委員会が EF 理論によりアクセス義務を課すことに関して、米国の判例で言及されるような「取引先選択の自由」や「イノベーションに対するインセンティブの低下」等についての懸念⁶⁷は示されていない。

第三要件に関して、B&I 事件決定、Sea Containers 事件決定、Hafen Roedby 事件決定、および ICG 事件決定の何れにおいても、支配的事業者がアクセスを拒絶する際には正当化事由が必要とされ、具体的には、アクセス拒絶という手段が防御として必要な措置であること⁶⁸、或いは、アクセス拒絶に際して代替案の提示や誠実に協議を尽くすこと⁶⁹、若しくは、不可欠施設のキャパシティの逼迫状況や技術的障害が存在すること⁷⁰等を客観的事実として証明することが要求される。

1－3. 欧州委員会が EF 理論を必要とする理由

先に見た欧州委員会決定の各事案は、航空機予約システムや港湾施設といった物理的施設に対するアクセス拒絶を違法と捉えるものであり、EU 域内において人・モノ・サービスの自由な移動を実現する上で必須とされるアクセス・ポイントの競争法/競争政策上の位置付けが問題となった。

EU は EEC の設立当初より「人・モノ・サービス・資本の自由移動」を掲げ(旧 EEC 条約 3 条 c 項)、一貫して共同市場の創設と域内単一市場の形成を志向し続けてきた(旧 EEC 条約 3a 条、旧 EC 条約 2 条、EU 条約 3 条 3 項)。これら「4 つの自由移動」と「公正な競争」は、両者とも共同市場の不可欠な要素であるとされ⁷¹、従って、アクセス・ポイントへの接続問題は競争政策上極めて重要な地位を占める⁷²。

また、EU においては予てより、第一次的法源である条約(Treaty)と並行して、第二次的法源である理事会規則(Council Regulation)や委員会告示(Commission Notice)といった運用規則を制定することにより柔軟かつ機敏に規範形成が試みられてきた。前記委員会決定

いし行為と説明される(See, 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses', paras. 209-212, December 2005, [hereinafter, 'Article 82 DP']).

⁶⁵ この用語の用法と考え方については第 7 章 第 2 節 2-1. を参照。

⁶⁶ See, Sea Containers, supra note 30, para. 67; ICG, supra note 49, para. 60.

⁶⁷ See, Trinko, supra note 3, at 407-408.

⁶⁸ See, B&I, supra note 20, para. 43.

⁶⁹ See, Sea Containers, supra note 30, para. 70; ICG, supra note 49, para. 66.

⁷⁰ See, Hafen Roedby, supra note 39, paras. 14-15.

⁷¹ 参照 須網隆夫『ヨーロッパ経済法』(新世社・2001 年)70 頁(Citing, Case 32/65 Italy v. Council and Commission [1966] ECR389, at 405).

⁷² 1980 年代以降、それまで各加盟国における公益事業として自然独占の状態にあった交通・電気通信・エネルギー等の各分野が自由化される一方で、各分野では不可欠施設がボトルネック問題を生起させていた状況にあり、競争の導入による市場メカニズムの構築が競争政策に求められていた(See, Richard Whish, "Competition Law 6th ed.", 692 (2009), [hereinafter, 'Whish']).

に関連する規則としては、例えば「航空機のコンピューター予約システムに関する理事会規則」⁷³や、「加盟国間および加盟国と第三国間の海運サービス提供の開放に関する理事会規則」⁷⁴が制定されており、これらが当該分野で「4つの自由移動」の実現に向けた個別具体的な運用規則として機能するとともに、理事会や委員会が必要に応じてこれら運用規則を策定することにより、政策的側面から「共同市場の創設」という条約設立目的を実現することが企図されてきた。

他方、前記委員会決定の何れにおいても「加盟国間取引への影響(effect on trade between member-States)」について審査されており⁷⁵、その何れの事案においても「加盟国間取引に直接的な影響を及ぼす(direct effect upon trade between member-States)」との評価が為され⁷⁶、支配的事業者による不可欠施設へのアクセス拒絶を「86条に基づき“一瞥して”濫用とするに十分な事案(a sufficient *prima facie* case of abuse under Article 86)」との表現を用いてカテゴリカルに違法とする見方が提示されている⁷⁷。

また、競争法の目的規定である、旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号は「歪曲されない競争システムの確立」を掲げ、判例法によれば市場における支配的事業者は競争を歪曲しないよう「特別の責任(special responsibility)」を負うとされる⁷⁸。これに対し EF 理論は、市場支配的事業者としての不可欠施設の所有者は、競争者に対して当該不可欠施設を合理的・非差別的な条件で開放する義務があるとするものであり、この立場は「特別の責任」論に親和的であり⁷⁹、かつ、事案の評価・分析を目的論的に解釈する外形主義的立場⁸⁰と整合的であると言えよう。

さらに、不可欠施設へのアクセス拒絶は域内市場における有効な競争を阻害するため⁸¹EF 理論は有効競争論⁸²の観点からも適合的と評価し得る⁸³。

⁷³ 同理事会規則では、航空輸送分野におけるコンピューター予約システムの重要性と有益性に鑑みて、当該予約システムの提供者は、当該予約システムを公平かつ非差別的に提供しなければならず、当該予約システムへのアクセスを拒絶した場合、或いは、差別的取扱をした場合、委員会により排除措置が講じられると規定する(See, Council Regulation (EEC) No 2299/89 of 24 July 1989 on a code of conduct for computerized reservation systems, OJ L 220, 29/07 [1989])。

⁷⁴ 同理事会規則では、EEC 条約 3 条で規定されるサービスの自由移動(とりわけ、同 61 条で規定される海上輸送サービス提供の自由)に鑑みて、海運サービスへの公平かつ自由で非差別的なアクセスを確保することにより競争的環境を維持することが企図される(See, Council Regulation (EEC) No 4055/86 of 22 December 1986 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport between Member States and between Member States and third countries, OJ L 378, 31/12 [1986])。

⁷⁵ See, Sabena, supra note 6, para. 32; B&I, supra note 20, para. 45; Sea Containers, supra note 30, para. 77; Hafen Roedby, supra note 39, para. 17.

⁷⁶ See, Sabena, supra note 6, para. 32; B&I, supra note 20, para. 45; Sea Containers, supra note 30, para. 77; Hafen Roedby, supra note 39, para. 17.

⁷⁷ See, B&I, supra note 20, para. 46; Sea Containers, supra note 30, para. 78.

⁷⁸ See, Case 322/81 Michelin v. Commission[1983]ECR 3461, para. 57.

⁷⁹ See, Alison Jones & Brenda Sufrin, “EU Competition Law 4th ed.”, 486 (2010), [hereinafter, ‘Jones & Sufrin’].

⁸⁰ 競争法執行に際して、条約の目的規定(旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号)への抵触をもって違法とする「外形基準規制(form-based regulation)」の立場であり、欧州司法裁判所がこの立場を採る(この論点については、第 7 章 第 2 節 参照)。

⁸¹ 委員会決定によれば、不可欠施設へのアクセス拒絶は、アクセスを拒絶された事業者から全ての競争機会を奪い(See, Hafen Roedby, supra note 39, para. 12 (citing Case 311/84 CBEM v. CLT & IPB [1985])

従って、歪曲されない競争システムを確立することにより、EU の統合、および共同市場の創設を実現することが期待される欧州委員会(競争総局)にとって、EF 理論は市場支配的事業者によるアクセス拒絶を規制する法理論として有益であり、この点に欧州委員会が EF 理論を違法性判断基準として採用する意義と必要性が見出せる。

一方、欧州司法裁判所は現在に至るまで「EF 理論」を法理論として明示的には採用していない。しかしながら、以下にみる Magill 事件判決は実質的に EF 理論に基づく論理構成で違法性判断が下されており、EF 理論が EU 判例法理として受容されていることを示唆する。

第 2 節 EF 理論に基づく欧州司法裁判所の規制アプローチ

2-1. Magill 事件判決にみる欧州司法裁判所の新規取引拒絶規制法理

2-1-1. Magill 事件欧州司法裁判所判決(1995 年)⁸⁴ 【Type Y】

<事実の概要>

本件は、アイルランドおよび英国北アイルランドにおいて、テレビ放送局 3 社が自社の週間番組情報をそれぞれ自社のテレビガイドにのみ掲載し、3 社分の番組を包括的に掲載しようとした Magill TV Guide Ltd(以下、「Magill」という)に対して番組リストの提供を拒絶した事案である。

テレビ放送会社である the British Broadcasting Corporation(以下、「BBC」という)、Independent Television Publications Ltd(以下、「ITP」という)、および Radio Telefis Eireann(以下、「RTE」という)の 3 社は英国およびアイルランドで自社の週間番組リストに関する著作権を有しており、当該著作権に基づき週間番組リストの第三者による利用を排除し、3 社は各社独自で週刊テレビガイドを出版していた。

ECR 3261, para. 27))、市場における競争構造に影響を及ぼすとされる(See, ICG, supra note 49, para. 67)。

⁸² 効率性のみに依拠して競争状態を規律するのではなく、競争者間の自律性や競争構造の維持をも法目的として包摂する立場であり、ドイツのオールド自由主義を思想的基盤とする EU 競争法の基礎的概念である(参照 越智保見『日米欧 独占禁止法』(商事法務・2005 年)45 頁。またオールド自由主義的競争観についての詳細は第 6 章 第 1 節参照)。

⁸³ Goyder によれば、不可欠施設へのアクセス拒絶および差別的な条件でのみ許可されるアクセスは、競争者が競争上の不利益を被り、有効な競争が実現されない点に濫用としての悪性が見出されるとする(See, D. G. Goyder, et al, “EC Competition Law 5th ed.”, 358 (2009))。

⁸⁴ Jointed Cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission [1995] ECR I -743, [hereinafter, ‘Magill’].

また、3社は日刊新聞社に対しては無料で、翌日分についてのみ(週末分および休日分については2乃至3日分)番組リストのライセンスを付与していたが、全3社の番組リストを包括的に収録したテレビガイドはこの当時存在していなかった。

このような状況の下、Magillは全社の番組リストを包括的に収録した週刊テレビガイドを出版しようと考え、BBC、ITP、およびRTEに著作権のライセンスを申し出たが、全社からこれを拒絶されたため、ライセンスを受けずに出版を開始したところ、3社はMagillによる週刊テレビガイドの出版差止めを求めてアイルランドの裁判所に提訴し、同裁判所はその主張を認めて差止めを命じた。

これに対しMagillは欧州委員会に申し立てを行い、3社によるライセンス拒絶は旧EEC条約86条に反する市場支配的地位の濫用であるとの訴えを提起し、欧州委員会は3社に対して市場支配的地位の濫用を認定するとともに、番組リストの非差別的で合理的なロイヤルティでの提供、すなわち強制ライセンスを命じた⁸⁵。

3社のうちRTEとITPは欧州委員会決定を不服とし、決定の取り消しを求めて各社個別に第一審裁判所(現一般裁判所)に提訴したが、同裁判所は何れも委員会決定を支持したため⁸⁶、両社はさらに欧州司法裁判所に上訴した。

<欧州司法裁判所の判断>

(a)市場支配的地位について

司法裁判所は支配的地位に関して、本件の関連市場をアイルランドと英国北アイルランドにおける番組リスト市場とし、「単に知的財産権を保有していることが直ちに支配的地位を与えるものではない」⁸⁷との認識を示しつつ、「しかしながら、放送チャンネルや放送日、放送時間や番組名といった基本情報(the basic information)は、テレビ局によって計画される必然的な産出財(the necessary result)であり、Magillのような出版事業者にとってテレビ局は基本情報を得る唯一の供給源である」⁸⁸こと、および「アイルランドのほとんどの家庭が受信し、また北アイルランドの家庭の30～40%が受信するテレビ番組について、番組リストを編集するために必要な基本情報に関してRTEやITPおよびBBCが事実上の独占を享受している」⁸⁹との状況に鑑みれば、「申立人(RTE、ITP、およびBBC)は週刊テレビ雑誌市場において有効な競争を妨げる地位にある」⁹⁰とし、「申立人が支配的地位にあると認定した委員会決定、およびこれを追認した第一審裁判所の判断は正しい」⁹¹と述べ、3社の市場支配的地位を認定した。

⁸⁵ See, Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE, [1989]OJ L78/43.

⁸⁶ See, Case T-69/89 RTE v. Commission [1991]ECR II 485 [hereinafter, 'RTE judgment']; Case T76/89 ITP v. Commission [1991]ECR II 575 [hereinafter, 'ITP judgment'].

⁸⁷ See, Magill, supra note 84, para. 46.

⁸⁸ Id. para. 47.

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Id.

(b)濫用行為について

司法裁判所は濫用行為に関して、「一般に、共同体において法の標準化・整合化が図られていない状況の下では、知的財産権の保護に関する規定や手続の決定は加盟国法に基づいて扱われる」⁹²とし、さらには「ライセンス拒絶といった著作権者の排他的権利は、たとえ支配的地位を有する事業者の行為であったとしても、それ自体、支配的地位の濫用を構成するものではない」⁹³との前提を示しつつ、「しかしながら、著作権者による排他的権利の行使が例外的状況(in exceptional circumstances)において濫用行為となることはあり得る」⁹⁴との立場を示す。

そして、本件に関しては、

- ①：一週間の番組情報を必要とする週刊テレビガイドにとって、当該番組情報に関する現実的・潜在的な代替供給先が存在せず、他方、週刊テレビガイドは一週間のレジャー計画を立てる消費者にとって明確で本質的な潜在ニーズがある⁹⁵。
- ②：テレビ局による拒絶に正当化事由が無い⁹⁶。
- ③：テレビ局3社の行為(番組リストのライセンス拒絶)は、週刊テレビガイドを編集する上で不可欠な原材料(indispensable raw material)である基本情報へのアクセスを拒絶するものであり、週刊テレビガイドという二次市場(secondary market)で全ての競争を排除することによって、支配的地位の保全を図るものである⁹⁷。

と指摘し、テレビ局3社が加盟国内法の著作権に依拠して Magill 等の事業者による週刊テレビガイドの出版を妨げることを目的とした番組リストのライセンス拒絶行為は支配的地位の濫用にあたるとの判断を示した。

<検討>

本件では、テレビ番組の基本情報を編集し著作権で保護された各社の番組リストの流通市場(各放送局から新聞社や Magill 等へのライセンス供給市場)を一次市場とし、一次市場を経由した番組リストに含まれる基本情報を複製/再生して出版される週刊テレビガイドの流通市場(週刊テレビガイドの消費者への供給市場)が二次市場と定位され、二次市場において各社の単独週刊テレビガイドと Magill の包括的週刊テレビガイドが競合するところ、一

⁹² Id. para. 49. なお、EUにおいては「商品の自由流通」が基本原則とされる一方で、域内で商品を流通させる際に、ある加盟国では保護される知的所有権が、他の加盟国では保護されない状況が生じ得る。このような局面において、EUでは加盟国の知的所有権者は自国で保護される知的所有権は、自国の知的財産権の保護規定を適用できるとする判例法理が形成されており、先例となった Nancy Kean 事件判決 (Case 144/81, Keurkoop v. Nancy Kean Gifts [1982] ECR 2853)に因んで「Nancy Kean 理論」と呼ばれる。

⁹³ See, Magill, supra note 84, para. 49.

⁹⁴ Id. para. 50.

⁹⁵ Id. paras. 52-54. とりわけ、判決では、加盟国著作権法に依拠することにより基本情報の提供を拒絶することは潜在的消費者ニーズのある包括的な週刊テレビガイドという新製品の出現を妨げ、このことは旧 EEC 条約 86 条(b)項が禁止する「生産、販売または技術開発を制限し、消費者に不利益をもたらすこと」に抵触すると指摘する。

⁹⁶ Id. para. 55.

⁹⁷ Id. para. 56.

次市場で番組リストのライセンスが拒絶されることにより二次市場で包括的週刊テレビガイドが完全に排除される状況が問題となった⁹⁸。

本判決では著作権の対象とされる番組リストと、これを構成するための番組基本情報とが区別され、市場支配的地位は、番組リストに係る著作権自体ではなく、番組リストにとって必要な基本情報を 3 社がそれぞれ事実上独占していることから認定されている(なお、本件は 3 社による共同支配的地位(collective dominance)ではなく各社それぞれに対し支配的地位が認定されている)。

また、本判決では基本情報が不可欠施設と定位され⁹⁹、これを編集した番組リストが著作権によって保護されている状況の下、当該不可欠施設へのアクセスに関して、支配的事業者は、アクセスの対象が知的財産であったとしても、また、知的財産権で保護されている状況下にあったとしても、「例外的」に当該不可欠施設へのアクセスを許容しなければならないことが示されている。すなわち、通常の EF 理論において物理的な不可欠施設の所有者が当該施設の利用を第三者に認めなければならないという意味において所有権の行使が制限されることと、知的財産権者が知的財産権の保護を受けている無体財産の利用を第三者に認めなければならないという意味において知的財産権の行使が制限されることとの法的扱いについて差異はないとの立場を示している。

そして、本判決によれば、アクセス拒絶が“濫用行為”と観念される場合には、不可欠施設へのアクセスを許容しなくてはならない「例外的状況」にあたるとの解釈が示されている。本件は著作権に基づく排他的権利の行使それ自体が濫用行為とされたのではなく、市場支配的地位を維持・強化する手段として著作権が利用されたことが濫用行為と判断された。この点に関し、加盟国の知的財産権と EU 法の関係について規律しているのは旧 EEC 条約 36 条(現 EU 機能条約 36 条)であり、同条において EU 域内における「商品の自由流通の原則」は、知的財産権の正当な権利行使の場合のみ制限が正当化されると規定し、知的財産権を人為的で不当な手段として行使する場合には当該原則に反すると規定する¹⁰⁰。そして、この規定を手掛かりとして原審である第一審裁判所(現一般裁判所)は、域内市場を分断し、または共同体における競争ルールを歪めるような不当な権利行使は認められないという一般原則を導き出し¹⁰¹、加盟国の知的財産権がその本質的な目的(本件では著作権法に

⁹⁸ 本件における関連市場は、アイルランドと英国北アイルランドを地理的市場とし、番組リスト市場(一次市場)と週刊テレビガイド市場(二次市場)の両市場を製品市場とした原審の判断(See, ITP judgment, *supra* note 86, paras. 47-48)を支持している(See, Magill, *supra* note 84, para. 47)。

⁹⁹ 本判決において“Essential Facilities”という明示的な記載は無いが、番組基本情報を不可欠施設と定位しているものと解される(参照 柴田・前掲注 5(一), 97 頁)。

¹⁰⁰ EU 機能条約 36 条は「34 条(加盟国間における輸入数量制限の禁止)および 35 条(加盟国間における輸出数量制限の禁止)の規定は、公衆道徳、公序もしくは公安、人間、動物もしくは植物の健康および生命の保護、美術的、歴史的もしくは考古学的価値のある国家的文化財の保護、または工業的および商業的所有権の保護の理由から正当化される輸入、輸出または商品通過に関する禁止または制限を妨げるものではない。但し、このような禁止または制限は、恣意的な差別の手段または加盟国間の貿易に対する偽装された制限となつてはならない」と規定する。

¹⁰¹ 第一審裁判所によれば、加盟国法規によって授權される知的財産権の行使は、共同体法との調和が必要な限りにおいて制限されなければならないとする(See, ITP judgment, *supra* note 86, para. 52)。

における著作者人格権の保護と創作報酬の確保)を逸脱して不当利用される場合には共同体法(本件では 86 条)が優先適用されるとの立場から¹⁰²⁾¹⁰³⁾、本件で争点となっている著作権のライセンス拒絶行為は、競争の自由や商品の自由流通といった条約の基本原則と知的財産権との間の調和問題という枠組みにおいて保護に値しないものであり、当該拒絶行為に対しては 86 条が適用され、且つ、当該拒絶行為の目的は明らかに同条に違反すると判断している¹⁰⁴⁾。

本判決では司法裁判所が上記第一審裁判所の立場を俯瞰し、また基本的にはこれを首肯しつつ¹⁰⁵⁾、ライセンス拒絶が濫用となる具体的局面を 3 つの要件¹⁰⁶⁾として提示したところに意義が認められる。

すなわち、ライセンス拒絶が、

- ①：消費者の望む新製品の出現を妨げ、
- ②：正当化事由が無く、
- ③：市場における全ての競争を排除する

といった 3 要件を満たす場合に当該ライセンス拒絶を濫用行為として観念するものである。

ここで、とりわけ特徴的な要件は①であろう。要件①を適用することは、すなわち、未だ市場に存在しない製品・サービスに関して競争法がその出現を促すことを意図するものであり、競争法が新たな市場の創出と形成に向けて積極的に関与することを意味する。

この要件に関しては、新製品の定義が不明確であるといった批判¹⁰⁷⁾、或いは、消費者にとって潜在的需要のある新製品かどうかの評価が困難であるといった指摘¹⁰⁸⁾等が異論とし

¹⁰²⁾ 第一審裁判所によれば、著作物を複製する排他的権利の行使それ自体は濫用行為を構成するものではないが、当該権利を 86 条の目的に明らかに反する形で行使する場合には、36 条の意味における著作権の本質的機能(subject-matter)、すなわち、著作物に対する著作者人格権を保護し、且つ、その創作努力に対する報酬を確保するという目的に適合する形で行使されていないこととなり、このような場合には、共同体法、とりわけ、商品の自由流通および競争の自由といった基本原則は、これらの基本原則に反する方法による加盟国の知的財産権法のいかなる利用に対しても優越的に適用されると立論する(See, ITP judgment, supra note 86, para. 56)。

¹⁰³⁾ このような「加盟国知的財産権に対する共同体法の優越性」を規律する解釈は Volvo 事件判決(Case 238/87 Volvo v. Veng, [1988] ECR 6211)を先例とする。同事件判決では自動車メーカーが登録意匠に基づき製造する部品を製造・販売する排他的権利を自らに留保する行為が許容されるか否かが争われ、欧州司法裁判所は、自動車メーカーが当該メーカー系列ではない独立の修理業者に対して意匠権または著作権の対象になっている部品の製造・販売の許諾を与えないことそれ自体は支配的地位の濫用を構成しないと判示しつつ、他方で、意匠権または著作権の行使が①独立修理業者に対し部品を恣意的に拒否する、②部品価格を不公正な水準に設定する、③特定モデルの自動車が多数利用されているにもかかわらず、当該モデル自動車用の部品の製造を中止するような場合には、支配的地位の濫用として禁止できると判示した(参照 村上政博『EC 競争法[第 2 版]』(弘文堂・2001 年)241 頁)。

¹⁰⁴⁾ See, ITP judgment, supra note 86, para. 60.

¹⁰⁵⁾ See, Magill, supra note 84, para. 57.

¹⁰⁶⁾ 判示事項の内容・構成から 4 要件と捉える学説もある。Jones & Sufrin は第一の要件を二つに分解し、①他の代替供給先が無く、②供給拒絶により新製品の出現が妨げられ、③供給拒絶に正当な理由が無く、④市場において全ての競争を排除する場合にライセンス拒絶が濫用行為として違法となると捉える(See, Jones & Sufrin, supra note 79, at 502)。

¹⁰⁷⁾ See, Jones & Sufrin, supra note 79, at 502.

¹⁰⁸⁾ 参照 柴田・前掲注 5(一), 98 頁。

て呈示されているが、EU が域内市場の統合・設立を目指し¹⁰⁹、競争法がその達成手段として活用され¹¹⁰、裁判所や理事会あるいは委員会が積極的に規範形成してゆくことを期待されている状況¹¹¹に鑑みれば、このような特異とも思われる要件を設定する意義と必要性を見出すことは可能であろう。

また、本件に先立って、一連の港湾事件で欧州委員会が定立した EF 理論の違法要件と比較した場合、欧州委員会の EF 理論が不可欠施設の定義への該当性(前述の第一要件)や当該不可欠施設へのアクセス拒絶の事実(前述の第二要件)から“一瞥して(*prima facie*)” 86 条に反する濫用行為と構成するのに対し、司法裁判所の EF 理論は不可欠施設への該当性やアクセス拒絶の事実そのみで違法と判断するのではなく、不可欠施設に対してアクセス拒絶が行われている状況を前提的認識として考慮しつつ(従って、“不可欠性”の認定は読み込み済みとしつつ)、当該拒絶行為がもたらす市場や競争への影響(上記の要件①③)を評価した上で違法性を判断することが企図されていると解され、欧州委員会の EF 理論をより一層精緻化したものであると思料される。

一方で、このような EU 競争法の執行状況は、市場原理に絶対的な信頼を置き、取引先選択の自由/取引自由の原則を尊重する立場から「弊害の除去」に専心する米国反トラスト法の執行状況¹¹²との比較において極めて対照的である。また、新製品・新サービスの出現を妨げることを目的としたライセンス拒絶は、通常、新規のライセンス拒絶であり、その規制手段として EF 理論に基づく規制アプローチが必要とされたことは注目に値する。換言すれば、「弊害の除去」に止まる米国では新製品・新サービスの出現を促す形での法運用は必ずしも期待されておらず、従って、新規ライセンスを強制することの積極的な意義は乏しく、新規のライセンス拒絶に対して EF 理論を採用することに消極的で慎重とならざるを得ない状況が存在する¹¹³。これに対し、条約目的として共同市場の創設を掲げる EU においては、競争政策の観点から新製品・新サービスの出現を通じて域内市場の統合を促す法運用が求められ、従って、新規ライセンスを強制するための法理論が必要とされ、当該法理論として EF 理論が適合的であったと解される。

このように、EU と米国とで新規ライセンス拒絶の局面における EF 理論の適否に関する

¹⁰⁹ 旧 EEC 条約 2 条が共同市場の設立を条約目的として掲げ、現在も EU 条約 3 条 3 項が域内市場の設立を掲げる。

¹¹⁰ 旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号が域内市場における歪められることのない競争システムの確立を掲げ、現在も第 27 議定書がその規定を継受する。

¹¹¹ これまで、司法裁判所は目的論的解釈を志向する立場から、競争法上の問題に対して競争法規の根拠規定である旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号に照らして違法性判断を示してきた(詳細は本稿 第 7 章 第 2 節参照)。また、理事会は理事会規則(Council Regulation)を、委員会は委員会告示(Commission Notice)といった運用規則を制定することにより柔軟かつ機敏な規範形成を試みてきた。

¹¹² *Trinko* 事件連邦最高裁判決では、裁判所の監督機能の限界から取引に介入することへの消極的な姿勢が示され(See, *Trinko*, *supra* note 3, at 415)、同様に、司法省 2 条レポートでは反トラスト当局も産業統制局としての役割を担うことは不適切であるとして取引への介入に消極的な見解が示された(See, U.S. Department of Justice, ‘Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act’, Chapter 7, at 123)。

¹¹³ 米国ではこれまで連邦最高裁レベルで取引拒絶ないしライセンス拒絶を EF 理論により違法と認定した事案はない。

態度の違い(ひいては、通常の新規取引拒絶の局面における EF 理論の適否に関する態度の違い)は、競争法の目的や競争政策が異なる点に見出されるものと解される。

2-2. EU におけるライセンス拒絶の位置付け

前述の Magill 事件判決は、ライセンス拒絶が旧 EEC 条約 86 条に違反して市場支配的地位の濫用となるのはいかなる場合かが争われた事案である。ライセンス拒絶は特許等知的財産権の実施・利用許諾を拒絶の対象とする取引拒絶の一類型である。典型的には、特許技術等の利用許諾の申し入れに対してこれを拒絶する行為であり、その多くは「新規取引拒絶」の形態をとる¹¹⁴(従って、本章以下で表記する「ライセンス拒絶」の文言は特に説明を付さない限り「新規ライセンス拒絶」を意味するものとする)。

もとより、知的財産権に基づくライセンス拒絶は、当該知的財産を独占的・排他的に実施・利用する行為であるが、これは知的財産権者に認められた適法な行為であり、通常は競争法上の問題を生起しない¹¹⁵。しかしながら、例えば我が国においては、ライセンス拒絶が知的財産権の「権利の行使と認められる行為」とは評価できない場合には独禁法上の問題を生起すると考えられ¹¹⁶、このような見方は日本のみならず米国でも概ね共通する。

米国では単独の権利者による知的財産権の一方的ライセンス拒絶は、原則としてシャーマン法 2 条上の「排除行為」および「ミスユース」¹¹⁷にあたらないとされ、ほぼ常に合法

¹¹⁴ もちろん、予てよりライセンスを通じて継続的な取引関係にあった事業者が一方的にライセンス拒絶するような場合には「継続取引拒絶」の形態をとる。この点に関し、稗貫教授はライセンス拒絶の問題を状況に応じて分けて検討することを提案する。すなわち、第一の類型は新規ライセンス拒絶であり、これは「それまでライセンスをしてこなかった企業が、今後も、ライセンスを与えないという行為を継続する」行為であり、「ライバル企業間ではこのような閉鎖的關係が存続することが通例」であるとして、当該新規ライセンス拒絶は「原則として適法であると予め宣言しておくことが安全・有益である」とする。そして第二の類型は継続ライセンス拒絶であり、これは「すでに取引関係やパートナーの関係で、ライセンスを通じて協力関係にある事業者の一方が、何らかの理由で、ライセンスを拒絶して協力関係を打ち切る」行為であり、「それまで形成されてきた成果に基づく取引関係を破壊し、その悪影響が需要者にも及ぶ」として、当該継続ライセンス拒絶は「正当な理由がなければ、機会主義的な行為として独禁法の対象になってよい」との見方を提示する(稗貫俊文「知的財産権と市場支配力—高額ロイヤリティ設定・ライセンス拒絶・競争の実質的制限」日本経済法学会編『経済法の理論と展開』(三省堂・2002 年)330 頁)。

¹¹⁵ 「知的財産権法による独占の保護は特定知的財産の独占の保護であって独禁法が問題とする市場の独占の保護とは異なる」との理解が一般的である(根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第 3 版〕』(有斐閣・2006 年)398 頁)。

¹¹⁶ 公正取引委員会の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(平成 19 年 9 月 28 日)(以下、『知的財産ガイドライン』という)」によれば「技術の利用に係る制限行為のうち、そもそも権利の行使とはみられない行為には独占禁止法が適用される」とし、「権利の行使とみられる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るといふ、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合」には『「権利の行使と認められる行為」とは評価できず、独占禁止法が適用される」とする(第 2・1)。

¹¹⁷ ミスユースとは特許権の射程を超えて排他的権利を行使する行為であり、米国ではこのような行為を規制する判例法理が「ミスユース理論」として形成されてきた。ミスユース理論は、特許権者による反競争的ライセンス契約を規制するための判例法理であるが、典型的には特許実施許諾契約に際して特許外の製品の購入を強制する抱き合わせなどを対象とし、訴訟上かかる事実がライセンス料や侵害差止の請求に対する抗弁に位置付けられ、その立証がなされると、特許権者は、当該条項の反競争的效果が除去

とされてきた¹¹⁸。しかしながら、知的財産権の取得それ自体が違法である場合には、これに基づく排他権の行使は違法であるとされ¹¹⁹、例えば、無効な特許と知りながら特許庁を欺いて特許を取得した場合には独占化行為に該当しシャーマン法 2 条違反となる¹²⁰。或いは、特許権の範囲を超えて独占を拡張する場合にも違法となるとの立場をとり¹²¹、例えば、非特許品の抱き合わせや競合商品の取扱い制限等、特許の範囲を超えて独占を拡張する行為をシャーマン法 2 条違反とする¹²²。これらは何れも知的財産権の「権利の行使と認められる行為」とは評価できない場合に該当するものといえる。

EU においても Magill 事件判決が示しているように、知的財産権の保有それ自体が支配的地位を与えるものではなく、また、知的財産権の行使それ自体が濫用を構成するものではないとの見方を原則的立場として有する¹²³。そして、知的財産権の行使が制限され、或いは濫用行為として違法とされるのは、当該行為が知的財産権の目的を逸脱して「不当な権利行使」と性格付けられる“例外的状況のみ”と限定し、この見方において日米と立場を同じくする。

他方で、EU では知的財産権は加盟国法によって基礎付けられ、その行使については EU

されるまでの間、当該契約当事者のみならず反競争的条項のない契約の当事者や単なる侵害者など、当該条項による損害を受けていない者に対しても特許権を行使できなくなる。ミスユース理論の先例となったのが Morton Salt 事件連邦最高裁判決(Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1942))であり、本件では特許の対象である缶詰製造機械のライセンス契約において、実施許諾に缶詰製造工程で用いられる塩のタブレットの販売を抱き合わせた行為が特許権の射程を超えたと認定された(参照 飯島歩「米国著作権法におけるミスユース理論の展開 ネットワーク社会と保護の対象としてのパブリック・ドメイン」判例タイムズ 1076 号(2002 年)54 頁)。

¹¹⁸ 例えば、SCM 事件連邦控訴裁判決では、「合法に取得された特許の一方的ライセンス拒絶がシャーマン法違反に問われることはない」と判示され、多くの下級審判決がこの立場を追認している(参照 和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(二・完)」民商法雑誌 122 巻 1 号 75～76 頁(See originally, SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1203 (2nd Cir. 1981), [hereinafter, ‘SCM’], see also, e.g., Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp., 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994); Independent Service Organization v. Xerox, 203 F.3d 1322 (Fed Cir. 2000)))。

¹¹⁹ 前掲の SCM 事件連邦控訴裁判決では、「特許権が合法に取得された場合には、後の特許法上合法的な一方的ライセンス拒絶は、反トラスト法上の責任を一切生じさせない」としつつ、「取得がそれ自体として違法なら、後の排他権の行使まで違法行為の継続が認められ、潜在的な競争者を排除する行為の継続が認められる」と述べ、特許権が合法に取得された場合には正当化事由の存在を推定し、以って事実上排除行為の不存在を推定するとともに、特許権が違法に取得された場合には正当化事由の不存在を推定し、以って事実上排除行為の存在を推定するアプローチをとる(参照 和久井・前掲注 118, 76～77 頁(See originally, SCM, supra note 118, at 1205-1206))。

¹²⁰ See, e.g., Walker Process Equip., Inc. v. Food Mash. & Chem. Corp., 382 U.S. 172 (1965).

¹²¹ 例えば、Kodak 事件連邦最高裁判決差戻審控訴裁判決(Image Technical Services, Inc v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997))では、「裁判所は通常、ライセンス拒絶を排除行為とは考えないし、違法とした例も認められない。しかし、排他権には限界があり、特許を超えた独占の拡大は保護されない」と判示する(at 1218)。

¹²² 特許権の範囲を超える行為に反トラスト法違反を認定するには市場支配力の認定や合理の原則が要求する綿密な主張・立証に成功する必要があると、他方、ミスユース理論は合理の原則を排斥することにより特許権者の反競争的行為を広く抑制する機能を果たしてきた(参照 飯島・前掲注 117, 55 頁)。もっとも、1988 年に成立した「パテント・ミスユース改善法(Patent Misuse Reform Act)」において、特許権者が市場支配力を持たない場合には、単に特許品と非特許品との抱き合わせがあるというだけでは特許法違反を主張することは出来ないと規定され、反トラスト法上の市場支配力の存在を要求しており、ミスユース理論が競争秩序法規として機能する方向に進みつつあるとされる(参照 佐藤一雄『米国独占禁止法』(信山社・2005 年)318～319 頁)。

¹²³ See, Magill, supra note 84, paras. 46, 49.

法によって制限される¹²⁴。域内市場の統合を目指す EU では「競争の自由」および「商品の自由な流通」という基本原則が掲げられ、排他的権利を行使することにより域内市場を分断する作用を及ぼす知的財産権は歴史的に警戒されてきた¹²⁵。

Magill 事件判決においても「加盟国間の取引への影響(Effects on trade between Member States)」が審査され、問題となったライセンス拒絶行為によって、市場における全ての潜在的競争者が排除され、市場における競争構造が変化することにより、結果として、加盟国間の潜在的商取引に影響を及ぼすことが懸念された¹²⁶。また、第一審裁判所の判決に先立って判断を示したアイルランドの高等法院では、放送会社の番組リストは創作的な著作物であり、ライセンス拒絶は適法とされ、Magill の出版差止めが容認された¹²⁷にもかかわらず、第一審裁判所および欧州司法裁判所では当該ライセンス拒絶は加盟国間の取引への影響(その各論として競争者排除および新製品出現の妨害)を理由として違法とされ、加盟国裁判所と欧州司法裁判所とで判断の価値基準および判断の結果を異にする。

このような状況から、EU では「EU 法(ここでは競争法)の加盟国法(ここでは知的財産法)に対する優越」という法構造を前提として、EU におけるライセンス拒絶は域内市場における「競争の自由」および「商品の自由な流通」という EU 法の基本原則へ抵触する限り、「不当な権利行使」として制限されるとの見方が妥当するものと解される。

2-3. Oscar Bronner 事件判決による新規取引拒絶規制法理の精緻化

2-3-1. Oscar Bronner 事件欧州司法裁判所判決(1998 年)¹²⁸ 【Type Y】

<事案の概要>

Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag(以下、「Mediaprint」という)は、オーストリアの有力新聞社であり、同国における日刊新聞市場でシェア 46.8%、広告市場でシェア 42%を有し、同国で唯一、国内全域にわたる戸別配達網(nationwide home-delivery

¹²⁴ ジョン・フランソワ・ベリス『EC 競争法』(商事法務・2007 年)183 頁。

¹²⁵ See, Ian S. Forrester, Q.C., ‘EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe: Is There Reason to Panic?’, ‘European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?’, 504 (2006) 例えば、EEC 成立初期において知的財産権の行使(商標権の設定)によって域内の並行輸入が阻止されることが旧 EEC 条約 85 条違反と判断された事案(Grundig-Consten 事件(1964 年))や、販売ライセンスに基づき並行輸入を阻止したことが「商品の自由流通」の原則を規定する旧 EEC 条約 28 条および 30 条に違反すると判断された事案(Deutsche Grammophon 事件(1971 年))がある。

¹²⁶ See, Magill, *supra* note 84, paras. 59-70.

¹²⁷ アイルランドの高等法院は「各社の週刊番組リストは、企画、準備、配列および修正という長期の過程を経て作成された最終作品であり、多大の労力、経験および技能と判断の行使を含むものである。これらのものは、各社の創作物であり、1963 年著作権法 2 条・8 条にいう編集著作物にあたる創作的な言語著作物であり、各社はアイルランド共和国での著作権者である」と判示した(参照 根岸哲「テレビ番組リストの利用許諾拒否と支配的地位の濫用—EC 独禁法 86 条と国内著作権の行使」公正取引 504 号(1992 年) 62 頁)。

¹²⁸ Case C-7/97. Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, [1998] ECR I-7791, [hereinafter, ‘Oscar Bronner’].

scheme)を完備していた。他方、Oscar Bronner(以下、「Bronner」という)は同国の小規模新聞社であり、日刊新聞市場でシェア 3.6%、広告市場でシェア 6%を有する一方で、オーストリア以外の加盟国に若干部数(約 700 部(発行数量ベースで 0.8%未満))販売していた。

Mediaprint の有する戸別配達網は新聞を朝早く国内全域に一斉に配達できる利便性が認められるところ、発行部数の少ない Bronner が同様の戸別配達網を構築するには不採算であることから、Bronner は Mediaprint に同社の有する戸別配達網の利用を申し入れたが Mediaprint は、戸別配達網は自己の投資の成果であり、たとえ支配的地位を有していたとしても競争者に助力する義務は負わないとしてこれを拒絶したため、Bronner は Mediaprint が戸別配達網へのアクセスを拒絶することにより自社が日刊新聞市場から完全に排除されるため、Mediaprint によるアクセス拒絶は市場支配的地位の濫用であるとしてオーストリアのウィーン高等裁判所に訴えを提起した。

ウィーン高等裁判所は、自国の競争法¹²⁹を適用するに際して共同体法との調和の必要性に鑑みて¹³⁰、判決に先立ち EC 条約 177 条に基づき事案の 86 条上の解釈を求めて欧州司法裁判所に先行判決(preliminary ruling)を求めたのが本件である。

<司法裁判所の判断>

まず、裁判管轄については事案の内容がオーストリア国内に限定されることから、本件に関する司法判断はオーストリアの裁判管轄に属するとしつつ、加盟国裁判所が自国の競争法を適用するに際して、共同体法の解釈、とりわけ本件においては 86 条の解釈を参照することは妨げられるべきではないとして先行判決に応じる姿勢を示した¹³¹。

そして、本件の検討に際して、加盟国裁判所であるオーストリア裁判所に以下 3 つの分析視角を要求する。すなわち、

- ①：関連市場の画定に関しては、他の製品・サービスで代替可能な範囲で画定されるとき、本件においては戸別配達網が固有の市場を形成するか否か、そして、店頭やキオスクでの販売、又は郵便での配達が十分に代替可能な手段であるか否かが考慮されなければならないとの見方を提示し¹³²、
- ②：支配的地位の認定に関しては、戸別配達網が固有の市場を形成すること、および、Mediaprint の戸別配達網と他の手段との間に十分な代替性がないことが明らかである場合には、Mediaprint がオーストリアにおける唯一の戸別配達サービスを展開していることから、事実上の独占状態(de fact monopoly situation)にあつて市場支配的地位を有するとの見方が導かれるとし¹³³、

¹²⁹ オーストリア競争法は第 35 条にて市場支配的地位の濫用を禁止しており、その内容は EEC 条約 86 条に準じた規定である(See, Oscar Bronner, *supra* note 128, para. 3)。

¹³⁰ ウィーン高等裁判所は Bronner が他の加盟国にも少数ながら販売していることを踏まえ、加盟国間の取引への影響も考慮して先行判決を求めた(Id. para. 10)。

¹³¹ Id. paras. 12-22.

¹³² Id. paras. 33-34.

¹³³ Id. para. 35.

③：濫用行為の認定に関しては、国内で唯一の戸別配達網を保有する事業者が、自社の日刊紙の配達には当該戸別配達網を利用する一方で、他の競合日刊紙には当該戸別配達網へのアクセスを拒絶する行為は 86 条上の市場支配的地位の濫用を構成するか否かについて判断する必要がある、その際、当該アクセス拒絶が新聞を販売する上で不可欠な手段を奪うとみなせるか否か判断する必要があるとする¹³⁴。

そして、これら関連市場・支配的地位・濫用行為の認定・存否を判断する手掛かりを過去の判例法理に求める。すなわち、先例である *Magill* 事件判決に関して、「この知的財産権の行使に関する判例法は他のいかなる財産権の行使にも当てはまる(*that case-law on the exercise of an intellectual property right were applicable to the exercise of any property right*)」¹³⁵との位置付けを与え、「*Magill* 事件に依拠して 86 条上の濫用行為の存在を申し立てるには、i) 戸別配達サービスの拒絶によって当該サービスを要求した事業者の属する市場から全ての競争が排除されるおそれがあること、および、ii) 当該拒絶行為に正当な理由がないこと、さらには、iii) 戸別配達網に対する実在的・潜在的な代替手段が存在しないという意味において戸別配達サービスが事業者の事業遂行上不可欠なサービスであること、の要件が全て満たされねばならない」¹³⁶とし、*Magill* 事件判決を基礎として違法要件を定立する。

以下、司法裁判所による当該違法要件への本件事案の当てはめにおいては、「たとえ優位性はないかもしれないが、新聞の配達においては店頭やキオスクでの販売、或いは郵便という代替手段が存在し、また利用されている」¹³⁷との状況を認め、代替となる手段には同等の優位性までは要求せずその存在で足りるとの見解を示し、さらに「他の新聞社が単独で或いは共同で国内戸別配達網を自前で構築し、自らがこれを利用することについて、技術的・法的・経済的な障害、或いは非合理的な困難さが存在することは示されておらず、不可能であることが証明されていない」¹³⁸として複製可能性が否定されない中で *Mediaprint* が所有する戸別配達網の不可欠性を認定することに慎重な姿勢を示す。

さらに、不可欠性の認定に関しては「そのようなシステムを複製することが手段として現実的ではなく、それ故に既存システムへのアクセスが不可欠であることを証明する上で、新聞の発行部数や流通量が少ないが故に経済的ではないという理由では不十分である」¹³⁹とし、「そのようなアクセスが不可欠とみなされるのは、既存のシステムで販売されている発行部数と同等の部数を販売するために、事業者が自前で戸別配達網を複製しても採算割れを起こすことが証明された場合である」¹⁴⁰との考えを示し、複製可能性が否定され不可

¹³⁴ Id. para. 37.

¹³⁵ Id. para. 41.

¹³⁶ Id.

¹³⁷ Id. para. 43.

¹³⁸ Id. para. 44.

¹³⁹ Id. para. 45.

¹⁴⁰ Id. para. 46.

欠性が認定されるのは、請求者の主観的な事業能力ではなく、施設所有者と同等の事業能力を持つ事業者を仮定的に想定して、当該仮定的事業者がもう一つ同様の施設を構築しても採算が取れない場合であるとする。

そして、以上の検討から、本件で司法裁判所は、関連市場はキオスクや郵便等の他の代替手段を含めた範囲で画定され、当該関連市場においては戸別配達網に代替可能な手段が存在する中で、或いは、当該戸別配達網を複製することの不可能性が証明されない中で、当該戸別配達網が不可欠であるとは認定し得ず、従って市場支配的地位も明らかではないことから、単に不経済・不採算を理由として要求された当該戸別配達網へのアクセスに対し、当該アクセスを拒絶する行為は濫用を構成しないとの判断を示した¹⁴¹。

＜検討＞

本判決では **Magill** 事件判決の判断枠組みを基礎としつつ、新規の取引拒絶が違法となる要件が 3 つの要素として提示されている。すなわち、

- i) 当該取引拒絶によって市場における競争が全て排除されるおそれがあること。
- ii) 当該取引拒絶に正当化事由がないこと。
- iii) 顕在的・潜在的代替手段がなく拒絶の対象が不可欠であること。

本件で司法裁判所は「知的財産権の行使に関する判例法は他の財産権の行使にも当てはまる」として **Magill** 事件判決を本件の先例として位置付けるが、ライセンス拒絶の事案である **Magill** 事件判決で提示された違法要件と、通常の取引拒絶の事案である本件の違法要件とを比較した場合、前者が新製品の出現を妨げることを要件(以下、「新製品出現妨害の要件」)として求めたのに対し、本件ではこれに相当する要件はなく、代わりに iii) で示される「不可欠性の要件」が求められている。本件は既存市場に対する新規参入の事案であり、**Magill** 事件のように新製品の出現如何を争点として有していない。従って、本件は **Magill** 事件判決における新製品出現妨害の要件を充足せず、**Magill** 事件判決の射程外に位置すると考えられる。これに対し、ライセンス拒絶が問題となった **Magill** 事件では、拒絶された知的財産権が排他的権利の行使を保障する知的財産制度で保護されていることに鑑みれば不可欠性の要件を必然的に充足すると思われ、本件における不可欠性の要件は **Magill** 事件のようなライセンス拒絶の事案に対しても適用が可能であろう。

よって、違法要件の射程を比較した場合、本件は新規取引拒絶が違法となる領域を拡張したと評価できよう。

一方、不可欠性の認定については非常に厳格な水準を要求している。まず、代替可能な

¹⁴¹ Id. para. 47. なお、本件では Mediaprint は加盟国内の関連市場において市場支配的地位にないとされたが、他の代替手段が存在せず、事実上の独占状態から加盟国内における関連市場において支配的地位にあることが認められる場合には、EU 競争法を適用するに際して、加盟国内市場で支配的地位を有する Mediaprint が共同市場の実質的部分(substantial part of the common market)に支配的地位を拡張する能力があることを見出さねばならないとする (Id. para. 36)。

手段には同等の優位性を求めずその存在で足りるとし広範な代替手段が捕捉され得ることにより不可欠性が認定される状況は極めて限定的となる。次いで、複製が不可能であることの立証責任を原告側に求め、技術的・法的・経済的に困難であることを証明する必要があるとする。そして、アクセスを求める理由が請求者にとって単に不経済・不採算を理由とするものでは不可欠とはいえないとされ、支配的事業者と同等規模の経済性を想定した際に、同一の施設を複製することが不経済・不採算であることを原告側が立証することを求める¹⁴²。

このように、本件は **Magill** 事件判決との比較において、新製品出現の妨害要件を外すことにより新規取引拒絶の違法認定領域を拡張する一方で、不可欠性の要件を具体化・厳格化することにより違法認定水準を引き上げたものと解されるが、**Magill** 事件判決で定立されたライセンス拒絶の違法要件と、本判決で定立された通常の新規取引拒絶の違法要件との関係に関し、これらを同一の文脈で捉え、ライセンス拒絶と通常の新規取引拒絶の何れにおいても後者が示した違法要件に収斂されこれが適用されるのか、或いは前者と後者を別個に捉え、ライセンス拒絶と通常の新規取引拒絶とで適用すべき違法要件が異なるのかについては必ずしも明らかではない¹⁴³(この点については後述の **Microsoft** 事件第一審裁判所判決¹⁴⁴により明らかにされる)。

なお、本件では司法裁判所の判断に先立って **Jacobs** 法務官¹⁴⁵が意見書を提出している。法務官意見は司法裁判所の判断を拘束しないが、EU における法規形成に有意な影響力を及ぼしていると評され¹⁴⁶、その象徴的人物が本件を担当した **Jacobs** 法務官であり¹⁴⁷、その象徴的事例が本件法務官意見書¹⁴⁸における EF 理論に関する記述である。

Jacobs 法務官によれば、「取引先の選択や取引の自由は普遍的に承認された原則」¹⁴⁹であり、競争政策の観点から支配的事業者の契約の自由に干渉することを正当化するには慎重な判断が要求されると指摘する¹⁵⁰。すなわち、不可欠施設へのアクセスを容易に認めてし

¹⁴² 欧州委員会が EF 理論の構成要件として複製不可能性を厳格には要求していなかった(参照 本章 第 1 節 1-2)のに対し、本判決で欧州司法裁判所は不可欠性の要件の中でこれを厳格に要求しており、欧州委員会よりも EF 理論の適用とこれに基づく違法認定に慎重な立場をとっていると解されよう。

¹⁴³ 例えば、Rousseva は **Magill** 事件判決で定立された違法要件と **Oscar Bronner** 事件判決で定立された違法要件とを別個のものと捉える(See, Rousseva, *infra* note 178, at 92, 95)。

¹⁴⁴ See, **Microsoft CFI**, *infra* note 201.

¹⁴⁵ 法務官(advocate general)は司法裁判所を補佐する助言者であり、旧 EEC 条約 166 条(現 EU 機能条約 252 条)によりその身分および職務が規定される。同条によれば、司法裁判所に提出される事件に関し、法務官は完全な公平および独立の立場から理由を付した結論を公に提示することを任務とする。

¹⁴⁶ See, Sir Christopher Bellamy & Graham Child, “European Community Law of Competition 6th ed.”, 30, para. 1.050 (2008), [hereinafter, ‘Bellamy & Child’]. なお、司法裁判所の判決が法務官意見を採用しなかった場合、当該法務官意見は反対意見と同等に位置付けられる。

¹⁴⁷ **Jacobs** 法務官が EU における競争法規形成に貢献したことを記すものとして、Valentine Korah, ‘Advocate General Jacobs’ Contribution to Competition Law’, 29 *Fordham Int’l L.J.* 716.

¹⁴⁸ See, Case C-7/97 **Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG**, [1998] ECR I-7791, Opinion of Mr Advocate General Jacobs, [hereinafter, ‘AG Jacobs Opinion’].

¹⁴⁹ *Id.* para. 56.

¹⁵⁰ *Id.* para. 57.

もう場合、競争者の側において競合施設を構築するインセンティブが失われてしまうこと、および、支配的事業者の側において有益な施設を構築するインセンティブが削がれてしまうことが憂慮され、短期的には競争が増大するかもしれないが、長期的には競争が減少することを重視すべきとし、「支配的事業者が自らの利用に供するための施設を保有することによって競争者に対して優位性を獲得している事実のみをもって、当該施設へのアクセスを求める正当化事由とはならない」と述べ、EF 理論の適用に慎重な姿勢を示す¹⁵¹。また、旧 EEC 条約 86 条を規定した目的は「競争が歪曲されないよう保護することであり、特定の競争者を擁護することではない」との認識の下、EF 理論がアクセスを求める競争者を擁護する形で機能することを警戒する¹⁵²。

他方、知的財産権に基づくライセンス拒絶が一定期間競争を排除すること、および物的財産権に基づく取引拒絶が永続的に競争を排除することを懸念し、このような場合において、「競争は支配的事業者が製品やサービスを供給し、或いは、施設へのアクセスを許容することによってのみ実現され得る」¹⁵³との理解から、「EF 理論の適用、或いは、供給拒絶への介入は、支配的事業者が関連市場で真に競争を抑圧している場合にのみ競争政策の観点から正当化し得る」¹⁵⁴との考えを示す¹⁵⁵。

但し、そのような EF 理論の適用事例は「施設の複製が、物理的・地理的・法的制約により極めて困難か、或いは不可能である場合、もしくは、公共政策上の理由から複製することが不適切である場合に限られる」¹⁵⁶と述べ、複製可能性を厳格に審査することを要求する。

このように Jacobs 法務官は EF 理論の適用について慎重な姿勢を示しつつも、競争政策の観点からその必要性を認める。本件司法裁判所判決においても、複製可能性の認定について厳格な水準を要求する判旨は Jacobs 法務官意見書に依拠するものであり¹⁵⁷、判決文中で「EF 理論」という直接的な表現は採用されていないが、EF 理論を首肯する Jacobs 法務官意見書の考え方が反映されており、実質的に EF 理論を違法性判断の枠組みとして取り入れたものと解されよう¹⁵⁸。

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Id. para. 58.

¹⁵³ Id. para. 64.

¹⁵⁴ Id. para. 65.

¹⁵⁵ もっとも、不可欠施設へのアクセスを支配的事業者に求める場合には、投資コストの分担や投資リスクに見合った収益を補償する必要があるとの見解を示す(Id. para. 64)。

¹⁵⁶ Id. para. 65.

¹⁵⁷ とりわけ、不可欠性の認定に関する判旨は Jacobs 法務官の意見書(AG Jacobs Opinion, supra note 148, para. 68)を直接的に参照する(See, Oscar Bronner, supra note 128, para. 46)。

¹⁵⁸ なお、ここで米国判例法上の EF 理論と本判決で定立された EF 理論とを比較してみたい。米国判例法上の代表的な EF 理論は MCI 事件連邦控訴裁判決(MCI Communications v. AT&T, 708 F.2d 1081(7th Cir. 1983))で示された 4 要件、すなわち、

①：独占者によって不可欠施設が支配されていること、
②：競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的であること、
③：独占者が競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶していること、および、
④：独占者が競争者に対して当該施設を共用することが可能であること、
であり、これとの比較において、MCI の要件①および②は施設を支配し複製が困難であることから不可欠

2-4. EF 理論に対する EU の学説上の評価

取引自由の原則を重視し、取引への介入に極めて謙抑的な姿勢を示す米国においては¹⁵⁹、EF 理論は裁判所から敬遠され¹⁶⁰、学説上も「不要で廃棄されるべき」との評価が支配的であり¹⁶¹、同理論を規制法理として適用することに消極的である¹⁶²。

他方、EU では先に見てきたように域内市場の創設を実現する上で欧州委員会や欧州司法裁判所が支配的事業者による新規取引拒絶を違法とする法理論を必要とし、当該法理論として EF 理論が積極的に適用されてきた。

Whish は委員会や司法裁判所が EF 理論に肯定的な態度を採ることに政策目的の実現という文脈から理解を示す。すなわち、1980 年代以降の EU では電気通信やエネルギー、或いは運輸といった自然独占分野に非独占化(demonopolisation)や自由化(liberalisation)の導入が志向されつつも、競争は限定的で域内市場の形成に向けた融合は遅々として進まない状況にあり、その原因として支配的事業者による不可欠施設へのアクセス拒絶があり、これに対する打開策として委員会の主導による合理的かつ非差別的な条件でのアクセス強制が志向され¹⁶³、当該競争政策を支援し補完する法規範として EF 理論が必要とされたとする¹⁶⁴。

また、Whish は、現に EF 理論が既に様々な分野で適用されている状況を踏まえ¹⁶⁵、正当化事由のない限り¹⁶⁶、市場支配的地位にある不可欠施設の保有者に対してアクセス義務

性を示す要件であり、これは本判決の要件 iii) に該当し、MCI の要件③は事案の客観的状況から前提的に認定し得る要素であり、MCI の要件④は共用可能であるにも係わらずこれを正当な理由なく拒絶すること(および、その結果として、市場における競争を全て排除すること)を示す要件であり、これは本判決の要件 i) ii) に相当するものであると解され、基本的に米国判例法上の EF 理論と EU 判例法上の EF 理論は同様・同等の規制法理として機能するものと解される。

¹⁵⁹ Trinko 事件連邦最高裁判決では、取引自由の原則を定立した Colgate 事件連邦最高裁判決(United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919), [hereinafter, 'Colgate'])が今日においてもなお支持されるべき先例とされ、裁判所や当局が取引に介入することは不適切と捉える(See, Trinko, supra note 3, at 414-415)。

¹⁶⁰ EF 理論に関し、米国の連邦最高裁は「これまでそのような法理を認めたことはない」との立場をとる(See, Trinko, supra note 3, at 411)。

¹⁶¹ See, Areeda & Hovenkamp IIIA 2nd ed, supra note 3, ¶ 771c. at 173.

¹⁶² 米国における EF 理論に対する学説および裁判所の消極的態度は本稿第 3 章および第 5 章を参照。

¹⁶³ 例えば、電気通信分野では「電気通信設備市場における競争に関する委員会指令(Commission Directive on Competition in the Markets in Telecommunications Terminal Equipment)」(OJ L 131, 27/5 [1988])、電力分野では「域内市場の電力分野における共同体ルールに関する欧州議会および理事会指令(Directive of the European Parliament and of the Council concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity)」(OJ L 27, 30/1 [1997])、鉄道分野では「共同体における鉄道の発展に関する理事会指令(Council Directive on the Development of the Community's Railways)」(OJ L 237, 24/8 [1991])といった規則が、それぞれの事業分野における支配的事業者に対して非差別的なアクセス義務を規定する形で発令された。

¹⁶⁴ See, Whish, supra note 72, at 691-692, 970.

¹⁶⁵ EF 理論の適用事例として、港湾、空港、鉄道網、ガスパイプライン、原油貯蔵、電気通信ケーブル等の物理的施設、および、航空機予約システム、インターライニング、国際決済システム等といった明確に物理的施設とは言えない施設にまで広範に適用されている状況を指摘する(Id. at 697-699)。

¹⁶⁶ Whish は信用不安や技術的不可能性、およびキャパシティの限界をアクセス拒絶の正当化事由として

が課されることを是認する。

同様に、Anderman & Schmidt は、EU 法(競争法)の加盟国法(知的財産法)に対する優越という法構造の存在を踏まえ、ライセンス拒絶に対して EF 理論を適用することを首肯する。すなわち、EU 競争法の目的を、有効競争の維持、中小事業者の保護、および域内市場の統合と捉え、知的財産権の行使は競争法の目的に矛盾してはならないとし、知的財産権を有する市場支配的事業者が、当該知的財産権を不可欠施設として構成する場合、当該知的財産権の行使は競争法の目的に鑑みて厳格な制約を受けるとする¹⁶⁷。

他方、Lang は知的財産分野において EF 理論が濫用される危険性を懸念しつつ¹⁶⁸、支配的事業者によるライセンス拒絶が 82 条に違反する場合があることも認め¹⁶⁹、EF 理論の正当化事由を具体化することを提案する¹⁷⁰。

また Lang によれば、EF 理論が適用可能な状況は「二つの区分された市場(two distinct market)」が存在する場合のみであり、川下市場(downstream market)の製品・サービスにとって“不可欠な投入財(essential input)”が川上市場(upstream market)から供給される必要がある場合にのみ適用可能であるとし¹⁷¹172、一つの市場しか存在しない場合に当該不

掲げる(Id. at 697)。

¹⁶⁷ See, Steven Anderman & Hedvig Schmidt, “EU Competition Law and Intellectual Property Rights 2nd ed.”, 25-36 (2011).

¹⁶⁸ 同様の懸念は米国司法省からも示されており、反トラスト局の William J. Kolasky 次長(当時)は Magill 事件判決(Magill, supra note 84)と IMS Health 事件判決(後述)に接し、EF 理論を知的財産分野に適用することは不確実性を増大し、技術革新のインセンティブを損なうだけだと批判する(See, Department of Justice, ‘North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?’, May 17, 2002, at 10-11; <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/224128.htm>).

¹⁶⁹ Magill 事件判決(Magill, supra note 84)を 82 条違反事例として掲げる。

¹⁷⁰ Lang は EF 理論における違法性阻却事由としての正当化事由を 9 パターンに分類する。すなわち、

①：アクセスを許容することによってユーザーやライセンサーの効率性を低下させてしまう場合
②：アクセスを許容することによって不可欠施設の価値や効率性を低減させてしまう場合
③：アクセスを許容することによって不可欠施設や知的財産権の保有者が不採算を被る場合
④：アクセスを許容することによって不可欠施設や知的財産権の改善・拡大・発達が阻害される場合
⑤：アクセスを許容することによって技術水準や安全性が損なわれる場合
⑥：アクセスを拒絶することの有効性が客観的に証明できる場合
⑦：アクセスを求める相手方に財務上の信用不安や技術上の信頼リスクがある場合
⑧：アクセスを提供するだけのキャパシティがない場合
⑨：アクセスを求める相手方のニーズが不明確で不十分である場合を正当化事由として提示する(See, John Temple Lang, ‘Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights’, “European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of a Dominant Position?”, 624-625 (2006), [hereinafter, ‘Lang’]).

¹⁷¹ この捉え方は委員会や司法裁判所の立場に一致する。例えば、B&I 事件決定で委員会は「不可欠施設の所有者がある市場における支配力を他の市場における地位の強化に用いる場合」に違法となると説示し(See, B&I, supra note 20, para. 41)、Magill 事件判決で司法裁判所は、被告のライセンス拒絶行為は「週刊テレビガイドを編集する上で不可欠な原材料である基本情報へのアクセスを拒絶するものであり、週刊テレビガイドという二次市場(secondary market)で全ての競争を排除することによって、支配的地位の保全を図るものである」として違法と判示した(See, Magill, supra note 84, para. 56)。また、その他本稿で検討した委員会決定・司法裁判所判決も概ね「二つの区分された市場」を事案の外形として有する。

¹⁷² Lang によれば、二つの区別された市場が存在する状況において、川下市場で競合する競争者に対して不可欠な投入財の供給を拒絶する行為は能率競争(より良い製品の提供や価格低減といった望ましい競争)に適った行為ではなく、競争を阻害し、究極的には消費者を害すると述べる(See, Lang, supra note 170, at 608)。

不可欠な投入財を競争者に共有することは反競争的である¹⁷³と述べ、EF理論の適用可能な局面について外形面から整理する¹⁷⁴。

或いは、EF理論を明示的に採用する委員会と、これを明示的には採用していない司法裁判所との関係性に関し、Bellamy & Childによれば、Sea Containers 事件決定において委員会が示した EF理論の定義¹⁷⁵は、Hoffmann-La Roche 事件判決における司法裁判所の説示事項¹⁷⁶を基盤的概念として共有していると指摘し、委員会が形成を主導してきた EF理論の思想に司法裁判所の濫用行為規制の考え方が反映されていると説く¹⁷⁷。

他方、Rousseva は、知的財産権に基づくライセンス拒絶が濫用行為として違法となる要件を示した Magill 事件判決と、物的財産権に基づく通常の取引拒絶が濫用行為として違法となる要件を示した Oscar Bronner 事件判決とを区別し、前者で定立された違法要件を「例外的状況テスト(exceptional circumstances test)」、後方で定立された違法要件を「客観的不可欠性テスト(objective test for indispensability)」と称して両者の適用可能な局面を別個に捉える¹⁷⁸。Rousseva によれば、知的財産権に基づくライセンス拒絶の違法性が争われる場合には Magill 事件判決が定立した違法要件(①消費者の望む新製品の出現を妨げるものであること、②正当化事由が無いこと、③市場における全ての競争を排除すること)を採用するものであり¹⁷⁹、他方、物的財産権に基づく通常の取引拒絶の違法性が争われる場合には Oscar Bronner 事件判決が示した違法要件(i：市場における全ての競争が排除されること、ii：正当化事由が無いこと、iii：代替手段が無く拒絶の対象が不可欠であること)を採用するものである¹⁸⁰。

このように、EUにおけるEF理論に対する学説の態度は、現にEF理論が様々な場面で適用されている状況を所与として、これを否定的・批判的に検証するよりも、むしろ理論的に精緻化・具体化し、法理論としての輪郭を明確にしつつ運用上の安定性や透明性をい

¹⁷³ Lang によれば、不可欠施設の所有者は自身が存在する市場において収益を上げることが許されるべきであり、さもなくば、当該不可欠施設構築のインセンティブが失われ、また競争者の側も投資意欲やイノベーションに向けたインセンティブを失い、結果として競争が損なわれるため、一つの市場しか存在しない事案では EF理論は適用できないと述べる(Id. at 608-611)。但し、川上市場で収益を確保する権利を川下市場の独占化に利用する権利はないとも述べる(Id. at 609)。

¹⁷⁴ 従って、EUでは裁判所、当局、学説の何れもが EF理論を垂直的排除行為としてのアクセス拒絶規制法理として捉えているといえよう(なお、当局(欧州委員会)は IMS Health 事件において水平的排除行為に対しても EF理論の適用を試みたが断念した(See, IMS COMP Withdraw Decision, infra note 194))。

¹⁷⁵ 「不可欠施設を保有し、且つ、自らがこれを利用する支配的事業者が、他の事業者に対して正当な理由なく当該施設へのアクセスを拒絶する場合、或いは、競争者に対して自社に供するよりも不利な条件でのみ当該施設へのアクセスを認める場合には 86 条に違反する」(See, Sea Containers, supra note 30, para. 66)。

¹⁷⁶ 「市場に存在する競争水準の維持、もしくは、競争の発展を阻害する効果を有するような」行為は濫用とみなされると定位した(See, Hoffmann-La Roche, supra note 54, para. 91)。

¹⁷⁷ See, Bellamy & Child, supra note 146, at 1015, para. 10.136.

¹⁷⁸ See, Ekaterina Rousseva, “Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law”, 92- 94, 95-96(2010), [hereinafter, ‘Rousseva’]。

¹⁷⁹ Id. at 92-94. なお、Magill 事件は知的財産権のライセンス拒絶の事案であり、本件の司法裁判所判決では不可欠性の認定は読み込み済みであると解される。

¹⁸⁰ Id. at 95-96.

かに高めるかという建設的な方向で議論されているものと見受けられる。

《小括》

以上より、EUにおける新規取引拒絶に対する規制概念はEF理論を中心として組み立てられ、これを牽引したのは欧州委員会であり、また欧州司法裁判所も「EF理論」という明示的表現は用いないものの不可欠財へのアクセス拒絶を違法とする法理論を必要とし、EF理論の考え方それ自体は受容しつつ違法要件を積極的に定式化してきた。

とりわけ、ライセンス拒絶規制については「域内市場の統合」が希求される中で、共同体法である競争法と、加盟国内法である知的財産権法との不調和が顕在化しつつも、共同体法の優越性を抛り所として競争法秩序に整合的な解決が図られていると見受けられ、日米とは異なるEUの特殊性が認められる。

他方、物的財産権へのアクセス拒絶規制については判例を通じて違法要件およびその解釈が具体化・精緻化され、複製可能性や不可欠性を厳格に審査すべきことが示されたことにより、米国のEF理論に接近したと解される¹⁸¹。

また、EU学説の態度は、欧州委員会や欧州司法裁判所がライセンス拒絶やアクセス拒絶に対して違法要件を定式化したEF理論を採用することに必ずしも否定的ではなく、むしろEF理論を現実的・安定的に運用可能な法理論として精緻化・具体化することに意欲的である。この点は米国学説の態度と顕著な違いを示しているところであるが、EU学説を含め欧州委員会や欧州司法裁判所において「域内市場の統合」という政策目的の実現が高い次元でコンセンサスとして得られていることが根底にあり、政策目的の実現手段としてEF理論の有効性を認め、これを積極的に活用することを企図しているものと解される。

第3節 EUにおける単独・直接の新規取引拒絶に対する近時の判例動向

本節ではMagill事件判決、およびOscar Bronner事件判決で定立されたEF理論に基づく規制アプローチが、その後の判例においてどのように評価され、また位置付けられているか確認する。具体的には、IMS Health事件とMicrosoft事件を分析・検討の対象としつつ、今日のEUにおいて単独・直接の新規取引拒絶がどのように規制されているのか、その法理について明らかにする。なお、両事件とも新規ライセンス拒絶の違法性が争われた事案である。

¹⁸¹ Oscar Bronner 事件判決により、欧州司法裁判所がEF理論について厳格な基準を示し、その適用を例外的な場合に限定することを示したことから、米国のアラスカ航空事件連邦控訴裁判決(Alaska Airlines Inc. v. United Airlines Inc., 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991))等と共通する見方を採用したと解する立場がある(参照 滝川・前掲注2, 261頁)。

3-1. IMS Health 事件 欧州司法裁判所判決(2004 年)¹⁸² 【Type X】

本件は加盟国裁判所判決(ドイツ・フランクフルト地裁判決(2000 年))、欧州委員会決定(2001 年)¹⁸³、そして第一審裁判所判決(2001 年)¹⁸⁴を経由した事案であるが、上訴のたびに判断が覆る展開を示し、第一審裁判所の判断が判決として確定しつつも、別途、欧州司法裁判所が本件ライセンス拒絶に対する EC 条約 82 条の適用の在り方を検討し、違法要件を明らかにした事案である。

<事案の概要>

米国法人である IMS Health(以下、「IMS」という)は、医薬・医療分野において世界有数の情報サービス企業であり、市場調査やマーケティングといった販売支援サービスを手掛け、100 を超える国々において事業を展開し、各国の現地子会社を通じて、製薬会社にとって有益な地域別販売データの提供等を行っていた。

IMS はドイツにおいて国内エリアを 1860 のセグメントに分割したデータベース「1860 ブリック構造(1860 brick structures)」を提供しており、当該データベースは製薬会社によって、販売地域の設定や販売員のインセンティブ体系の開発、或いは市場シェアや販売実績の比較といった情報管理を目的として使用され、1999 年まで IMS がドイツにおける唯一のデータベース提供事業者であった。

その後、1999 年に National Data Corporation Health Information Services(以下、「NDC」という)と AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services(以下、「AzyX」という)の 2 社が同国の同分野で情報サービス事業に新規参入し、それぞれ独自のブリック構造のデータベースを構築し利用提供を開始したが、当時既に IMS の 1860 ブリック構造が業界標準(a de facto industry standard)の地位を確立しており、何れのデータベースも既存のユーザーに受け入れられなかったため、両社は IMS のブリック構造を「コピー」して事業を展開したところ、IMS が著作権侵害を理由として 2 社に対する差止めを求めてフランクフルト地裁に提訴し、これに勝訴した。

この判決を受け、NDC と AzyX は、IMS に対して 1860 ブリック構造のライセンス供与を求めたが、IMS がこれを拒絶したため、NDC は IMS によるライセンス拒絶は EC 条約 82 条の市場支配的地位の濫用にあたるとして欧州委員会に違法審査の申し立てと強制ライセンスの発動を要請した。

¹⁸² Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, [2004] ECR I 5039, [hereinafter, 'IMS ECJ'].

¹⁸³ Case COMP D3/38.044- NDC Health/IMS Health: Interim measures, [2002] OJ L59/18, [hereinafter, 'IMS COMP'].

¹⁸⁴ Case T-184/01 R. IMS Health Inc. v. Commission, [2001] ECR II 0319, [hereinafter, 'IMS CFT'].

＜欧州委員会の判断＞

欧州委員会は、「ドイツ国内における地域別販売データ提供サービス市場」を関連市場と捉え¹⁸⁵、当該市場が「共同市場の実質的部分(substantial part of the common market)」を占めることから EC 条約 82 条の適格性を認め¹⁸⁶、IMS が当該市場において準独占状態(quasi-monopoly situation)にあることから IMS の市場支配的地位を認定した¹⁸⁷。

そして、濫用行為に関しては、Magill 事件判決や Oscar Bronner 事件判決を先例として参照しつつ、1) ライセンス拒絶が関連市場における全ての競争を排除し、2) 当該ライセンス拒絶に正当化事由がなく、3) 関連市場で事業を遂行する上で他に代替可能な手段が現実的にも潜在的にも存在せず当該ライセンスの使用が不可欠(indispensable)である場合には当該ライセンス拒絶は濫用行為として違法になるとの見方を示し¹⁸⁸、本件はこれら要件を充たすとの判断に基づき、IMS に対して合理的且つ非差別的な条件で強制ライセンスを命じる仮決定を下した¹⁸⁹。

IMS はこれを不服として第一審裁判所に上訴。

＜第一審裁判所の判断＞

第一審裁判所は Magill 事件判決を再評釈し、委員会の判断に誤りがあることを指摘する。

第一審裁判所によれば、Magill 事件判決で司法裁判所が示した 3 つの違法要件は、i) 既存の各社単独週刊テレビガイドとは異なる包括的週刊テレビガイドという従来無かった新製品の出現を妨げるものであり、ii) 当該供給拒絶に正当化事由が無く、iii) 包括的週刊テレビガイドの編集に際して不可欠な原材料(indispensable raw material)である基本情報へのアクセスを拒絶することにより、週刊テレビガイド市場という二次市場(secondary market)において全ての競争を排除し、当該二次市場において自らの地位を保全するものである、との解釈を与える¹⁹⁰。すなわち、一次市場で不可欠な原材料を保有する支配的事業者が、当該不可欠な原材料の供給を拒絶することにより、二次市場における新製品の出現を妨げ、且つ、当該二次市場における全ての競争を排除し支配力を獲得する場合に「例外的状況(exceptional circumstances)」が充足され、当該供給拒絶は違法になるとの見方を示す。

そして、第一審裁判所は、本件決定において委員会が、Magill 事件判決にいう「例外的状況」の認定に際し、新製品の出現を妨げる行為を「濫用的付随行為(abusive additional

¹⁸⁵ See, IMS COMP, supra note 183, para. 56.

¹⁸⁶ Id. para. 60.

¹⁸⁷ Id. para. 62.

¹⁸⁸ Id. paras. 179-186.

¹⁸⁹ Id. para. 215. なお、委員会が合理的で非差別的な条件での強制ライセンスを命じるに際して、独立した専門家(independent experts)を選任し、当該専門家に取引条件の設定を付託することとしている点が注目される。すなわち、当該専門家は当事者の合意に基づき選任され(合意に至らない場合は委員会が指名し)、当該専門家は任務を遂行する上で当事者の有する全ての情報にアクセスが可能であり、当該専門家は委員会以外のいかなる第三者に対しても秘密を保持し、当該専門家は透明で客観的な条件を委員会に提言するものと規定する(Id.)。

¹⁹⁰ See, IMS CFI, supra note 184, paras. 96-98.

conduct)」として軽視しつつこれを考慮不要としたこと¹⁹¹、および、支配的事業者の提供するサービスが業界標準(de facto industry standard)を構成する市場において、当該サービスと同一のサービスを、当該市場と同一の市場で提供することの申し入れが競争者からあった場合に支配的事業者がこれを拒絶する行為は濫用となると判断したこと¹⁹²に対し、判例の適切な解釈と法の適切な適用に重大な疑念(serious dispute)があるとして強制ライセンスの執行停止を命じる判決を下した。

その後、欧州司法裁判所も第一審裁判所の判断を支持する判決を下し¹⁹³、これを受けて委員会は強制ライセンスの仮決定を取り下げた¹⁹⁴が、本件の本案訴訟が係属するフランクフルト地裁は、仮に IMS が合理的な条件であるにもかかわらず NDC に対してライセンスを拒絶する場合には、EC 条約 82 条の濫用に該当し、IMS は著作権に基づく差止めの権利を行使することはできないと考え、本案の審理を一旦中止し、ライセンス拒絶に対する EC 条約 82 条適用の解釈に関して改めて欧州司法裁判所に先行判決を求めた。

＜欧州司法裁判所による違法要件の定立＞

欧州司法裁判所は、支配的地位を有し、且つ、加盟国の医薬品に関する地域別販売データの提示に不可欠なブリック構造の著作権を有する事業者が、同一の加盟国において当該データを提供しようとする他の事業者に対して当該ブリック構造のライセンス供与を拒絶することは、以下の三つの要件が全て充たされた場合に、EC 条約 82 条にいう市場支配的地位の濫用を構成するとの見解を示した¹⁹⁵。すなわち、

- ①：ライセンスを要求した事業者が、医薬品データの供給市場において、著作権者によって未だ提供されていない、且つ、潜在的な消費者需要のある新製品または新サービスを提供する意図を有しており、
- ②：ライセンス拒絶が客観的に正当化されず、
- ③：ライセンス拒絶が当該データの供給市場における全ての競争を排除することによって、当該加盟国における当該データの供給市場を著作権者に留保する場合。

＜検討＞

本件で欧州司法裁判所が示したライセンス拒絶の違法要件は基本的に Magill 事件判決で示されたものと同じであり、近時においてもなお Magill 事件判決がライセンス拒絶の先例

¹⁹¹ 第一審裁判所によれば、ライセンス拒絶が違法となる「例外的状況」の認定に際して新製品の出現が妨げられたことを考慮することは Magill 事件を先例とする判例法を解釈する上で不可欠な考慮事項であるとする(Id. para. 102)。

¹⁹² Id. para. 101.

¹⁹³ Case C-481/01 P(R) NDC Health GmbH & Co. KG v. Commission and IMS Health Inc., [2002] ECR I -3401.

¹⁹⁴ Case COMP D3/38.044 NDC Health / IMS Health : Interim measures, [2003] OJ L268/69,[hereinafter, 'IMS COMP Withdraw Decision'].

¹⁹⁵ See,IMS ECJ, supra note 182, para. 52.

として位置付けられ、ライセンス拒絶(新規取引拒絶)を規制する法理論が必要とされていることが確認できる¹⁹⁶⁾¹⁹⁷⁾。

また本件は、同一の取引段階にある競争者が、同一の市場において同一のサービスを提供する上で、支配的事業者に新規のライセンスの供与を求め、これが拒絶された事案であり、いわゆる「水平的新規ライセンス拒絶」¹⁹⁸⁾の違法性が争われた事案である。この点に関し、第一審裁判所によれば、ライセンス拒絶が二次市場における新製品の出現を妨げ、且つ、当該二次市場における全ての競争を排除する場合にのみ当該ライセンス拒絶は違法となるというものであり、また司法裁判所が示した違法要件においても、供給市場という二次市場の存在が前提とされていることから、EU 判例法は知的財産権にかかる新規のライセンス拒絶については「垂直的新規ライセンス拒絶」¹⁹⁹⁾のみを規制対象として捉えていると推察されるとともに、「水平的新規ライセンス拒絶」については規制の必要性を認めず、規制の対象外と位置付けているものと考えられ²⁰⁰⁾、EF 理論に基づくライセンス拒絶の規制法理の射程を画するものと解される(また、同様の見方から EU 判例法は物的財産権にかかる新規取引拒絶についても「垂直的新規取引拒絶」のみを規制の対象とし、「水平的新規取引拒絶」については規制の必要を認めていないと解される)。

3-2. Microsoft 事件 第一審裁判所判決(2007 年)²⁰¹⁾ 【Type Y】

本件は、著作権で保護されたシステム情報について Microsoft 社が開示を拒絶したこと、および Microsoft 社がオペレーティング・システムとメディア再生機能を抱き合わせて販売したことが濫用行為として EC 条約 82 条に違反するか否かが争われた事案である。以下では本稿のテーマとの関係上、システム情報の開示拒絶について検討する。

<事実の概要>

Microsoft Corp(以下、「Microsoft」という)はコンピュータ・ソフトウェア業界における

¹⁹⁶⁾ 市場支配的地位を有する事業者によるライセンス拒絶が濫用行為として禁止されることは、Magill 事件欧州司法裁判所判決と IMS Health 事件欧州司法裁判所判決により確立されたとする見解がある(参照 多田英明「EU 法の最前線 EC 条約 82 条における市場支配的地位を有する事業者のライセンス拒否」貿易と関税(2008 年 3 月)91(1)頁)。

¹⁹⁷⁾ 裁判所(欧州司法裁判所、第一審裁判所)は当初、支配的地位にある事業者による取引拒絶に EF 理論を適用し、不可欠施設の利用拒絶を濫用行為として構成することに慎重であったが、IMS Health 事件判決において EF 理論は支配的地位を認定する一般論として採用されるに至ったと解する立場がある(参照 多田・前掲注 196, 86(6)頁)。

¹⁹⁸⁾ この用語の用法と考え方については第 7 章 第 2 節 2-1. 参照。

¹⁹⁹⁾ この用語の用法と考え方については第 7 章 第 2 節 2-1. 参照。

²⁰⁰⁾ この見方は Lang の分析に一致する。Lang によれば、二つの区別された市場が存在する状況において、川下市場で競争する競争者に対して不可欠な投入財の供給を拒絶する行為は能率競争に反し、競争を阻害し、究極的には消費者を害すると述べる一方で、一つの市場しか存在しない場合に当該不可欠な投入財を同一の取引段階にある競争者に共有することは反競争的であると述べる(See, Lang, supra note 172 & 173)。

²⁰¹⁾ Case T-201/04 Microsoft v. Commission, [2007] ECR II -3601, [hereinafter, 'Microsoft CFI'].

世界的企業であり、パーソナル・コンピュータの作動に必要なオペレーティング・システム(OS: Operating System)を開発・製作・販売し、当該 OS について著作権を有していた。

コンピュータ・プログラムはネットワーク環境において単独では機能せず、本来的に他のコンピュータ・プログラムや機器と相互に協働して機能するように設計されており、顧客のネットワーク環境においては、クライアント PC 用 OS(CPC/OS : Client PC Operating System)²⁰²とワーク・グループ・サーバー用 OS(WGS/OS : Work Group Server Operating System)²⁰³とが協働して作動することが重要であり、商品購入の際には CPC/OS と WGS/OS との相互運用性(interoperability)が考慮される。

Microsoft は CPC/OS 市場におけるシェアが 90%を超える業界標準(de facto standard)の地位にあり²⁰⁴、ソフトウェアを開発する事業者にとって Microsoft の CPC/OS に関する相互運用性情報(interoperability information)の開示は不可欠とされている状況において、Sun Microsystems Inc(以下、「Sun」という)が Microsoft に対して自己の WGS/OS と Microsoft の CPC/OS とが協働して機能するために必要な相互運用性情報と技術の提供を求めたところ、Microsoft がこれを拒絶したため、Sun が欧州委員会に申し立てを行った。

<欧州委員会の判断>²⁰⁵

委員会は、CPC/OS 市場、WGS/OS 市場、ならびにメディア再生機能市場を関連市場としつつ²⁰⁶、CPC/OS 市場と WGS/OS 市場において Microsoft が高いシェアを有すること²⁰⁷、および、ネットワーク効果(network effect)²⁰⁸によりシェアに比例した極めて高い参入障壁を有することを重視して²⁰⁹Microsoft の市場支配的地位を認定した。

²⁰² クライアント PC とはユーザーが情報処理業務を行うパーソナル・コンピュータ端末であり、クライアント PC 用 OS とは当該パーソナル・コンピュータ端末を適切に作動させる機能である(See, Microsoft Decision Recital, infra note 205, paras. 37, 45, 47)。

²⁰³ ワーク・グループ・サーバーとはユーザーが情報処理業務を行う上で、ファイルの共有やプリンタの共有、或いはネットワークの共有を可能にする情報インフラであり、ワーク・グループ・サーバー用 OS とは当該サーバーを適切に作動させる機能であり、通常はクライアント PC を複数接続させた中小規模のネットワーク環境に使用される(See, Microsoft Decision Recital, infra note 205, para. 53)。

²⁰⁴ Microsoft は「Windows」で知られるソフトウェアを CPC/OS の製品群として有する。

²⁰⁵ Case COMP/C-3/37.792 [2007]OJ L32/23, [hereinafter, 'Microsoft COMP']; Commission Decision of 24.03.2004, relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty, [hereinafter, 'Microsoft Decision Recital']。

²⁰⁶ See, Microsoft Decision Recital, supra note 205, para. 323.

²⁰⁷ 委員会の認定によれば、CPC/OS 市場において Microsoft は 90%以上のシェアを有することから「完全なる独占(complete monopoly)」を達成しつつあり、「圧倒的な支配的地位(overwhelmingly dominant position)」を有するとされ(See, Microsoft Decision Recital, supra note 205, para. 435)、また、WGS/OS 市場においても Microsoft は少なくとも 50%のシェアを有していることから過去の判例法に鑑みて支配的地位が推定されとの立場を示す(Id. para. 514)。

²⁰⁸ ネットワーク外部性(network externalities)とも称され、消費者の効用が消費者群の規模に依存する性質(需要側の規模の経済性)をいう(参照 柳川隆＝川濱昇編著『競争の戦略と政策』(有斐閣・2006 年)271 頁)。

²⁰⁹ Microsoft の CPC/OS である Windows が普及すればするほど、これに対応したアプリケーションが普及する関係にあり、Windows を業界標準として維持させる自己強化機能(self-reinforce dynamic)が形成され、この状況が参入障壁をして機能していると指摘する(See, Microsoft COMP, supra note 205, para. 16)。

そして、濫用行為に関しては、Magill 事件判決²¹⁰や Oscar Bronner 事件判決²¹¹を先例として参照しつつ²¹²、①Microsoft が競争者にとって不可欠な投入財を拒絶することによって WGS/OS 市場における競争を排除するおそれがあり、②他に代替可能な投入財が現実的にも潜在的にも存在しないことが示され、③Microsoft の拒絶行為は技術的發展を阻害し、新製品もしくは改良品の出現を妨げ、結果として間接的に消費を損なうこととなる一方で、④当該拒絶行為の正当化事由が示されていないとして Microsoft の相互運用性情報の開示拒絶行為を濫用行為と認定し当該情報の開示を命令した²¹³214)215。

Microsoft は本決定を不服とし、本決定の取り消しを求めて第一審裁判所に上訴。

＜第一審裁判所の判断＞

第一審裁判所は概要以下の論旨により委員会決定を追認し、Microsoft の相互運用性情報の開示拒絶行為を濫用行為として違法認定した。

第一審裁判所によれば、過去の判例法理、とりわけ Magill 事件欧州司法裁判所判決²¹⁶と IMS Health 事件欧州司法裁判所判決²¹⁷に基づき、ライセンス拒絶が違法となる「例外的状況(exceptional circumstances)」の成立要件について下記 4 項目を提示した。すなわち、

- ①：当該拒絶行為が隣接市場(neighboring market)における特定の事業活動の実施に不可欠な製品もしくはサービスを対象とし²¹⁸、
- ②：当該拒絶行為が隣接市場における有効な競争(effective competition)を排除するものであり²¹⁹、
- ③：当該拒絶行為が潜在的な消費者需要のある新製品の出現を妨げ²²⁰、
- ④：当該拒絶行為に客観的な正当化事由が無い場合²²¹。

²¹⁰ See, Magill, supra note 84.

²¹¹ See, Oscar Bronner, supra note 128.

²¹² 本件欧州委員会決定がなされた時点(2004年3月)では、まだIMS Health事件欧州司法裁判所判決(2004年4月)は下されていなかったため、専らMagill事件欧州司法裁判所判決とOscar Bronner事件欧州司法裁判所判決が参照されている。

²¹³ 但し、委員会がMicrosoftに対して開示を命じたのは、インターフェースに必要なプロトコルの仕様書であり、ソフトウェアのソースコードの開示までは求めていない(See, Microsoft COMP, supra note 205, para. 18)。

²¹⁴ なお、本件で委員会は「コンピュータ・プログラムの法的保護に関する理事会指令(1991年)」(Council Directive on the legal protection of computer programs 91/250/EEC (OJ L122/42, (1991)))を参照し、当該指令がソフトウェア産業における相互運用性情報の重要性に鑑みて、支配的事業者か否かにかかわらず、ソフトウェアに関する著作権の行使は制限されると規定し、旧EC条約82条の適用も妨げられないと規定していることをも考慮したうえで本決定を下している(See, Microsoft COMP, supra note 205, para. 22)。

²¹⁵ 本決定では、Microsoftに対して相互運用性情報の開示が命じられたほか、過去最高額となる4億9千7百万ユーロ(約795億円：1ユーロ＝160円換算(当時))の制裁金の支払が命じられた(Id. para. 39)。

²¹⁶ See, Magill, supra note 84.

²¹⁷ See, IMS ECJ, supra note 182.

²¹⁸ See, Microsoft CFI, supra note 201, para. 332.

²¹⁹ Id.

²²⁰ Id.

また、これら要件の前提として判決は隣接市場の存在を要求する。第一審裁判所によれば、「二つの区別された市場(two distinguished markets)」として、当該製品またはサービスの供給を拒絶する事業者が支配的地位を有している市場と、当該製品が別の製品の製造または別のサービスの提供のために利用される隣接市場とが区別される必要があるとし、当該隣接市場は現実には存在していなくても、潜在的市場(potential market)、さらには仮説的市場(hypothetical market)であっても足りるとする²²²。

その上で、要件①は不可欠性の要件であるとし、本件においては Microsoft が CPC/OS 市場で 90% 以上のシェアを有し「準標準(quasi-standard)」という「異常な特徴(extraordinary features)」を示す中で、隣接する WGS/OS 市場において WGS/OS は Microsoft の CPC/OS である Windows と高い互換性が無くては販売できないことを指摘し、相互運用性情報の不可欠性を認定した²²³。

次いで、要件②は競争排除の要件であるとし、本件においては WGS/OS 市場で Microsoft が市場シェアを 25.4%(1996 年)から 64.9%(2002 年)に約 40% も伸ばしている一方で、競合する Novell が 33.3%(2000 年)から 23.6%(2002 年)へとシェアを低下させている事実等を示し、WGS/OS 市場で競争が滅殺されていることを認定した²²⁴。

そして、要件③は新製品の要件であるとし、本要件は知的財産権の行使に関わる場合にのみ要求されるとの認識を示しつつ²²⁵、知的財産権のライセンス拒絶が旧 EC 条約 82 条(b)項²²⁶の意味において消費者を犠牲にするか否かを決定する要因は、新製品の出現を妨げる場合に限られず、技術的發展を阻害する場合も含まれるとの見解を示し、本件においては、Microsoft が相互運用性情報の開示を拒絶したことにより、競合の WGS/OS において相互運用性が確保できず、多くの消費者が Microsoft の WGS/OS にロックインされたこと、および、競合は相互運用性を持った WGS/OS を開発することができず、結果として消費者は Microsoft の WGS/OS を購入するようになったことを指摘し、新製品の出現が妨げられたとともに技術的發展が阻害されたことを認定した²²⁷。

さらに、要件④は客観的正当化事由の要件であるとし、知的財産権の存在それ自体をもってライセンス拒絶の正当性を主張する Microsoft に対し、「もし、単に知的財産権を有する事実のみをもってライセンス拒絶に対する客観的正当化事由が成立するならば、判例法によって確立された例外が適用される余地は無くなる」²²⁸と指摘し、「換言すれば、司法裁

²²¹ Id. para. 333.

²²² Id. para. 335

²²³ Id. paras. 386-388.

²²⁴ Id. paras. 570-576, 620.

²²⁵ Id. para. 334. 従って、EU 判例法は知的財産権に基づくライセンス拒絶以外の通常取引拒絶の違法性を判断する際、新製品の要件は不要であるとの立場をとるものと思料される。

²²⁶ 旧 EC 条約 82 条(b)項は、市場支配的事業者が「生産、販売または技術開発を制限し、消費者に不利益をもたらすこと」を濫用行為として禁止する。

²²⁷ See, Microsoft CFI, *supra* note 201, paras. 647-651.

²²⁸ Id. para. 690.

判所が **Magill** 事件判決や **IMS Health** 事件判決で示した法理に反し、知的財産権に基づくライセンス拒絶が旧 EC 条約 82 条に違反する状況は生起し得なくなる」²²⁹と述べ、例外的状況の認否に基づくライセンス拒絶の違法性判断は判例法理として確立されたものであることを明確に宣言する。そして、「当該拒絶行為が濫用とされ、当該市場における有効競争の維持という公共の利益の観点から知的財産権者の排他的権利に制約を加え、当該市場に参入ないし残存することを求めている第三者へのライセンス供与を求めることが容認されるのは、判例法で想定されているような例外的状況が伴う場合に限られる」²³⁰とし、本件においては要件①～③が充たされていることから上記にいう例外的状況が存在していると述べる。また、要件①～③の充足により認定された例外的状況を覆すには客観的な正当化事由が必要であるとしつつ、本件では **Microsoft** より為された相互運用性情報の開示が自社技術革新におけるインセンティブを損なうとの主張に関し、これを裏付ける証拠は示されていないとして正当化事由を認めなかった²³¹。

＜検討＞

本件は技術革新の進展が著しい IT 分野における支配的企業のライセンス拒絶が濫用行為として問題となった。ライセンス拒絶の先例としては既述の **Magill** 事件判決²³²や **IMS Health** 事件判決²³³があるが、本件で扱われた知的財産権の実質的重要性については前二者に比べて格段に大きいとの評価がなされており²³⁴、実質を伴った知的財産権のライセンス拒絶に対しても競争法が適用され、違法と認定されたことが注目される²³⁵236。

また、本件では、ライセンス拒絶に対する違法要件と通常の新規取引拒絶に対する違法要件とを一体的・統合的に捉えたところに意義が見出せる。すなわち、①～④で示された要件のうち、③の新製品の要件を必要とするのは知的財産権の行使がかかわるライセンス拒絶のみであるとし、通常の新規取引拒絶に対しては①②④で足りるとする。従来より、

²²⁹ Id.

²³⁰ Id. para. 691.

²³¹ Id. para. 711.

²³² See, *Magill*, supra note 84.

²³³ See, *IMS ECJ*, supra note 182.

²³⁴ *Magill* 事件判決では各テレビ局の番組リストが知的財産権の対象とされたが、テレビ番組を整理・編集した当該番組リストには特段の創造性は認め難く、また、*IMS Health* 事件判決では医薬品販売データベースが知的財産権の対象とされたが、当該データベースは郵便番号や行政区画、医師・薬局の所在等の事実を基礎としたものに過ぎないとして知的財産権の実質を伴うものとは言い難いとの見解がある(参照 多田・前掲注 196, 86(6)頁)。

²³⁵ 従来の判決は事案の内容が知的財産権の実質を伴わないライセンス拒絶でありこれを濫用行為として違法としてきたが、本判決は事案の内容が知的財産権の実質を伴うライセンス拒絶でありこれを濫用行為として違法認定したものであることから、本判決の意義として、市場支配的地位にある事業者によるライセンス拒絶が濫用行為とされる知的財産権の対象を広げたものであると評価する立場がある(参照 多田・前掲注 196, 86(6)頁)。

²³⁶ ライセンス拒絶に対して本判決が示した規制アプローチは、競争プロセスこそがイノベーションの源泉となり、投資の成果を事業者にものみ留めることがイノベーションの源泉になるものではないとの立場を示したものであり、事業者の投資に報いることよりも、イノベーションに向けて競争を保護することのほうが消費者にとって有益であるとの立場を示したものであるとの見解がある(See, *Rousseva*, supra note 178, at 123-124)。

Magill 事件判決で定立されたライセンス拒絶の違法要件と、Oscar Bronner 事件判決で定立された通常の新規取引拒絶の違法要件との関係性が不明確であったが²³⁷、本件はこれら判決を同一の文脈で捉え、両判決で示された要件を整理・統合しつつ、新製品の要件の要否をもってライセンス拒絶と通常の新規取引拒絶の法的評価の違いを識別するものである。もっとも、ライセンス拒絶に対してのみ新製品の要件が課されることの理由について本判決は明確に述べていないが、学説によれば、物的財産権へのアクセス拒絶と知的財産権のライセンス拒絶の場合とで投資インセンティブに対する影響が異なることを考慮に入れる必要性が指摘され、知的財産権のライセンス拒絶の場合には知的財産権に特有のイノベーションに向けたインセンティブへの配慮として物的財産権へのアクセス拒絶よりも厳格な要件を課す必要があるとの見方が示され²³⁸、妥当な見解であると思われる。また、新製品・新サービスの出現や技術的發展を通じて競争を活性化させ、条約目的である域内市場の形成と統合を促すには、イノベーションに向けたインセンティブを確保することが競争政策上必要な措置であると解され、ライセンス拒絶における新製品の要件は条約目的の実現という命題に整合的で親和的な要件であると思料される。

他方、要件②は拒絶行為が隣接市場における「有効な競争(effective competition)を排除するものである」ことを求めている。この点に関し、過去の判例は不可欠施設等を専有する支配的事業者の拒絶行為によって隣接市場における「全ての競争(all competition)が排除されるおそれ」を要求していたが²³⁹、本判決は、競争者のシェアが減少していることから競争者の競争活力が弱められ、競争状態が減殺されていると認めてはいるものの²⁴⁰、過去の判例のように「全ての競争が排除されるおそれ」までは要求しておらず、部分的・限定的に競争が排除されることで足りるとするものであり、従って、競争排除の要件を緩和化したものと解されよう。

さらに、本判決は、イノベーションに向けたインセンティブへの影響に関し、これを被告側が正当化事由として主張する場合には「証拠」により証明すべきことを求めた点が注目される。予てより取引拒絶を巡る事案においては、取引義務を課すことにより投資インセンティブが低下することが「懸念」として指摘されてきた²⁴¹。本判決では「懸念」という曖昧な状況を判断要素として考慮するのではなく、投資インセンティブの低下がライセンス強制によりもたらされる競争促進効果を打ち消すだけのデメリットを有すること、或

²³⁷ 例えば、Rousseva は Magill 事件判決で定立された違法要件と Oscar Bronner 事件判決で定立された違法要件とを別個のものと捉える(See, Rousseva, supra note 178, at 92, 95)。

²³⁸ 知的財産権の場合には、発明者等は独占的利益を目指して多額の投資を行う場合が多く、仮に発明等を他の者にライセンスすることが義務付けられるとすれば、たとえ適正なライセンス料を保証されていても、得られる利益が減少する可能性が強く、結果的に投資インセンティブが損なわれることにもなりかねないため、知的財産権の強制ライセンスについてはより厳格さが求められるとの立場がある(参照 細田・前掲注 1, 262～264 頁)。

²³⁹ See, Magill, supra note 84, para. 56; Oscar Bronner, supra note 128, para. 41; IMS ECJ, supra note 182, para. 52.

²⁴⁰ See, Microsoft CFI, supra note 201, paras. 570-576, 620.

²⁴¹ とりわけ、米国においてはこの「懸念」が重要視され、取引拒絶の違法認定に慎重である(See, e.g., Trinko, supra note 3, at 407-408)。

いは、投資インセンティブの保護がライセンス拒絶によりもたらされる競争減殺効果を打ち消すだけのメリットを有することを「証拠」として客観的に示すべきことを要求する。違法推定を覆す比較考量の対象として被告に投資インセンティブに関する客観的な「証拠」を求めるアプローチは、今後の取引拒絶事案における主張・立証のあり方に示唆を与えるものと思料される(もっとも、本判決は具体的な経済分析等を経由することなく、「ライセンスが命じられた場合にマイクロソフトのイノベーションに向けたインセンティブに与えるネガティブなインパクトは、(マイクロソフトを含む)産業全体のイノベーションの水準に与えるポジティブなインパクトに勝るものではない」²⁴²とした欧州委員会の判断を支持しつつ、「例外的状況を打ち消すだけの客観的な正当化事由は認められない」²⁴³との結論を導いており、何を手掛かりに被告が抗弁を行うべきかに関しては明らかにされていない)²⁴⁴。

なお、本判決は 2007 年の判決である。この当時、既に欧州委員会は「排他的濫用行為に対する 82 条の適用」と題するディスカッション・ペーパー(以下、「82 条 DP」という)²⁴⁵を公表しており(2005 年 12 月)、当該 82 条 DP に端を発する形で、市場支配的地位の濫用行為規制において消費者厚生や経済効率性といった経済学的指標を違法性判断基準として適用することの是非を巡り百家争鳴の議論が展開されていた。

しかるに、本判決が提示した違法性判断基準としての各要件は、消費者厚生や経済効率性といった経済学的指標に基づく判断基準ではなく²⁴⁶、あくまで、有効競争、或いは競争排除を念頭においた判断基準であると解される。例えば、②の競争排除の要件に関しては、本件では Microsoft のシェアが増伸している一方で競争者のシェアが減少している状況から競争が減殺されていると認めており²⁴⁷、外形的で形式的な事実認定アプローチにより要件該当性の判断が為されている。また、③の新製品の要件に関しては、「消費者需要のある新製品の出現」という要件設定から消費者厚生が意識されていることは否定されないが、

²⁴² See, Microsoft CFI, *supra* note 201, para. 706 (quoting, Microsoft Decision Recital, *supra* note 205, para. 783).

²⁴³ See, Microsoft CFI, *supra* note 201, para. 707.

²⁴⁴ 本判決における「客観的な正当性の抗弁」や「効率性の抗弁」の在り方の不明確さに関しては「企業の技術革新に対するインセンティブの保護などの結果として得られる消費者利益をどう評価するかという点や、このようなインセンティブは問題の行為に関わる特定の商品に関するものに限定されるべきか、あるいはより広い範囲の商品・サービスをも対象としうるべきかという点について、不明なままである」との指摘がある(林秀弥「欧州競争法における独占的事業者による競争者排除行為の規制－欧州マイクロソフト事件を中心に－」総務省 情報通信政策研究所 海外情報通信判例研究会報告書(第一集)(2010 年)45 頁)。なお、同報告書の入手先は http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/23749.html

²⁴⁵ See, Article 82 DP, *supra* note 64. 当該 82 条 DP の内容、およびこれを巡る議論の状況は本稿第 7 章第 2 節を参照。

²⁴⁶ 本判決にみる第一審裁判所の判断アプローチと欧州委員会の喧伝する「効果重視(effects-based)」アプローチの関係に関し、「結局、CFI は経済分析らしい分析を行っておらず、『効果重視(effects-based)』アプローチというよりも、形式的な判断(『形式重視(form-based)』アプローチ(注：本稿にいう『外形主義的アプローチ』に同じ))をしているのではないかと見受けられる」と解し、「仮に判決が、「効果重視」のアプローチをとっているとしても、そもそもどのような競争効果分析を行うのかに関して疑問は残されたままである」との見方がある(参照 林・前掲注 244, 45 頁)。

²⁴⁷ See, Microsoft CFI, *supra* note 201, paras. 570-576, 620.

本件では Microsoft が相互運用性情報の開示を拒絶したことにより、競争者が相互運用性を確保できず、また競争者が相互運用性を備えた商品を開発できず、その結果、新商品の出現と技術的発展の双方が阻害され、多くの消費者の利益が害されたとの認定を行っており²⁴⁸、ここでは直接的には競争者の競争機能が害されたことを問題視し、その反射的・副次的効果として消費者の利益が害される状況を推定していると解され、要件該当性の判断は消費者厚生を増減ではなく競争過程に対する加害の有無であると思料される。そして、④の客観的正当化事由の要件に関しては、先述のように投資インセンティブに関する客観的で比較考量可能な「証拠」を求めるアプローチが示されているものの、本件では比較考量すべき競争効果が何であるのかについて明確に説示されておらず、また具体的な経済分析手法も採用されていない。

従って、消費者厚生や効率性といった経済学的判断基準は未だ裁判所には受容されておらず、なお依然として旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号にいう「域内市場において歪曲されない競争システムの確立」という競争法の根拠規定ないし法目的に照らして忠実に判断する外形主義的立場を維持しているものと解される。

違法性判断に際してこのように目的論的解釈を志向する立場は、本判決と同時期に判決が下された継続取引拒絶の事案である GlaxoSmithKline AEVE 事件欧州司法裁判所判決(2008 年)²⁴⁹にも共通することから、新規取引拒絶および継続取引拒絶双方の審査において、司法裁判所および EU 判例法は経済学的アプローチを未だ採用するに至っていないといえよう。

他方、上記 82 条 DP、および近時公表された 82 条ガイダンス(2008 年 12 月)²⁵⁰において経済学的アプローチを重要視することを表明した欧州委員会は単独・直接の新規取引拒絶に対してどのような規制スタンスを志向しているのか、以下に概観する。

3-3. 単独・直接の新規取引拒絶に対する近時の欧州委員会の規制スタンス

欧州委員会が公表した 82 条ガイダンスの概要、および単独・直接の継続取引拒絶に対する規制スタンスについては既に前章で確認した²⁵¹。以下では単独・直接の新規取引拒絶に対する規制スタンスを検討する。

<供給拒絶について>

82 条ガイダンスによれば、供給拒絶は典型的には川上市場における支配的事業者が川下

²⁴⁸ Id. paras. 647-651.

²⁴⁹ See, GSK AEVE, supra note 18. 本判決の概要は第 7 章 第 3 節を参照。

²⁵⁰ See, Communication from the Commission, 'Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings', OJ C45/02, 24.2.2009, para. 86, [hereinafter, 'Article 82 GP'].

²⁵¹ 参照 本稿 第 7 章 第 3 節 3-2.

市場で競合している買い手に対して投入財(input)の供給拒絶を行う場合に競争法上の問題を生起させるとの認識を示しつつ²⁵²、当該供給拒絶の類型として、1)既存顧客或いは新規顧客に対する供給拒絶、2)知的財産権のライセンス拒絶、3)インターフェース情報の提供拒絶、および 4)不可欠施設またはネットワークへのアクセス拒絶が例示的に列挙されており²⁵³、支配的事業者によるこれらの供給拒絶は、正当化事由が無い限り、以下の要件を全て充たした場合に濫用行為として違法となるとの見方を提示する。すなわち、

- (a) 当該供給拒絶が、川下市場(downstream market)における有効な競争を可能ならしめる上で客観的に必要とされる製品・サービスに関連するものであること(客観的必要性の要件)。
- (b) 当該供給拒絶が、川下市場における有効な競争(effective competition)を減殺してしまう蓋然性があること(有効競争減殺の要件)。
- (c) 当該供給拒絶が、消費者を害する蓋然性があること(消費者損害の要件)。

上記の違法要件は新規供給拒絶/継続供給拒絶の区別無く、また、物的財産権に係る供給拒絶と知的財産権に係るライセンス拒絶の区別無く、供給拒絶一般に対して統一的に適用することが意図されているが、新規供給拒絶に対する違法要件としてみた場合、判例法によって定立された違法要件と幾つかの点で相違が認められる²⁵⁴。

²⁵² なお、82 条ガイダンスでは、川上市場における支配的事業者が川下市場で競合している買い手に対して投入財の供給を拒絶する場合についてのみ検討の対象としている(See, Article 82 GP, *supra* note 250, para. 76)。

²⁵³ なお、抱き合わせやバンドリング、並行輸入や再販売価格維持等、競争法上違法な目的を実現するための手段としての供給拒絶はここでの検討の対象外としている(Id. para. 77)。

²⁵⁴ なお、82 条ガイダンス(2008 年)に先立って公表され議論を呼んだ 82 条 DP((2005 年), See, Article 82 DP, *supra* note, 64)では継続供給拒絶と新規供給拒絶は区別して論じられており、新規供給拒絶については、(i)行為が供給拒絶としての特徴を有しており、(ii)拒絶している事業者が支配的地位にあり、(iii)投入財が必要不可欠であり、(iv)当該拒絶が競争に対してネガティブな影響をもたらすと見込まれ、(v)当該拒絶が客観的に正当化されないといった 5 つの要件を全て満たす場合に、当該新規供給拒絶は濫用的であるとの見方を提示していた(Id. at 9.2.2)。ここで、(i)については新たな買い手に対して供給を拒絶することのみならず、供給遅延や不公正な取引条件の設定、および投入財に不当に高い価格をつけることも新規供給拒絶に該当するとし(Id. para. 225)、(ii)については川上市場において支配的事業者であることが必要とされ(Id. para. 227)、(iii)については実在的または潜在的な代替供給者が存在する場合には投入財が必要不可欠とは言えず(Id. para. 228)、また、投入財が必要不可欠であると言うためには複製することが物理的または法的に不可能であるか経済的に釣り合わないものでなければならず(Id. para. 229)、(iv)についてはある競争者が川下市場から排除されたことそれのみでは濫用とは言えないが、川下市場において全ての競争が完全に排除されることまで要求するものではなく、既存の競争状態(pre-existing competition)が害されることで足りるとするものであり(Id. para. 231)、また、競争に対するネガティブな影響には川下市場において新製品の出現や新サービスの提供を妨げるおそれも含めるとし(Id. para. 233)、(v)については相手方の信用不安や供給のキャパシティが正当化事由となり得るとする(Id. para. 234)。継続供給拒絶との関係では要件(iii)が新規供給拒絶に固有の要件であり(82 条 DP では継続供給拒絶の違法要件として要件(iii)に相当する要件は要求されていない)、代替供給者の不存在や複製不可能性を証明することが求められる点に新規供給拒絶規制の特徴が見出せる。また、82 条ガイダンスとの関係では、82 条 DP の要件(iii)は前述のように高度な必要不可欠性を求めるものであるが、82 条ガイダンスの要件(a)は本文で後述のように「あくまでも効果的に競争するために必要といえればよい程度のもの」と解されており、客観的必要性の要件においてハードルは下げられたと解される。また、

まず(a)については、「客観的に必要とされる」の程度に関し、問題となる商品の供給がなければいかなる競争者も川下市場で事業活動を行うことができないということまで要求するものではなく、あくまでも効果的に競争するために必要といえればよい程度のものと解されており²⁵⁵、ここで示される「客観的必要性の要件」はハードルが低い。これに対し、例えば **Oscar Bronner** 事件判決で示された「不可欠性の要件」は、代替可能な手段には同等の優位性までは求めず、その存在で足りるとし、広範な代替手段が捕捉され得ることから「不可欠性の要件」はハードルが高く認定される状況は極めて限定的であると解される²⁵⁶。従って、82 条ガイダンスが提示する「客観的必要性の要件」の水準は、判例法が要求する「不可欠性の要件」の水準よりも低く、規制の対象を拡張するものと解される。

次いで(b)については、**Microsoft** 事件判決にいう競争排除の要件(要件②)と同等の内容と解され、判例法との実質的な差異は無いと思料される²⁵⁷。

そして(c)については、消費者に与える損害の程度を経済学的に評価することを意図するものであり、支配的事業者が供給拒絶を行うことにより消費者が被る悪影響と、支配的事業者が供給義務を課されることによって消費者にもたらされる悪影響とを比較考量によって判断するというものである²⁵⁸。判例法によって定立された違法要件にはこのような経済学的評価を要求する要件は無く、ここに欧州委員会の経済学的アプローチを志向する姿勢が見出せる。

また、82 条ガイダンスによれば、支配的事業者による供給拒絶が上記 3 要件を充足した場合に当該供給拒絶は濫用行為として違法が推定されるが、支配的事業者は違法推定を覆す正当化事由として「効率性の抗弁」が要求され²⁵⁹、ここにも委員会が経済学的アプローチを重視する姿勢が見出せる。

しかしながら、消費者厚生や経済効率性の分析、およびこれらの比較考量といった経済

82 条 DP の要件(iv)にいう「競争に対するネガティブな影響」は「既存の競争状態を害するもの」であって、82 条ガイダンスの要件(b)にいう「有効な競争を害するもの」と同義と解され、有効競争減殺の要件において同等の意味内容を持つものと解される。そして、82 条 DP と 82 条ガイダンスの顕著な違いは消費者損害の要件の有無に見出され、82 条ガイダンスが要件(c)でこれを明示的に要求するのに対し、82 条 DP では明示的にはこれを要求していない(もっとも、要件(iv)が新製品の出現や新サービスの提供を妨げることを包摂して違法視していることから、間接的に消費者への損害を捉えていると見ることも可能であるかもしれない)。

²⁵⁵ 参照 伊永大輔「EU における市場支配的地位の濫用に係る指針(下)」公正取引 711 号(2010 年)54 頁。

²⁵⁶ See, **Oscar Bronner**, *supra* note 128, para. 43.

²⁵⁷ また、82 条ガイダンスは川下市場(downstream market)に対する供給拒絶を審査対象としており、隣接市場(neighboring market)に対する供給拒絶を審査対象とする判例法と共通の問題意識を有していると解され、ともに垂直的排除行為としての供給拒絶を違法視していると思料される。

²⁵⁸ See, **Article 82 GP**, *supra* note 250, para. 86.

²⁵⁹ 82 条 GP によれば、効率性の抗弁として支配的事業者は以下の 4 項目を証明することが要求される。

すなわち、

- ①：行為の結果として効率性が実現され、または実現される見込みであり、
- ②：当該行為がこれら効率性の実現にとって不可欠であって、
- ③：当該行為によってもたらされる効率性が、関連市場における競争や消費者厚生にもたらされる悪影響よりも大きく、
- ④：当該行為が実在的・潜在的競争活力の全て、またはそのほとんどを除去してしまうことによって有効な競争が排除されないこと(See, **Article 82 GP**, *supra* note 250, para. 30)。

学的アプローチは実務的には非常に困難な作業と評価を伴い、その採用には否定的・懐疑的な立場が多いことは前章で述べたとおりである²⁶⁰。

新規供給拒絶に対する欧州委員会の規制スタンスの実現可能性は今後の審査や決定の蓄積を待つほか無いが、司法裁判所による当面の規制スタンスは **Microsoft** 事件判決で第一審裁判所により示された 4 要件を「確立された判例法理」として援用し、進展するものと思料される。

但し、要件③は知的財産権に係るライセンス拒絶の場合には要求されるが、通常の物的財産権に係るアクセス拒絶の場合には要求されない。

《小括》

市場支配的企業といえども「取引先選択の自由」を有し、「例外的状況」においてのみ取引拒絶は違法となり得るという見方は、欧州司法裁判所および欧州委員会に共通した見解である。とりわけ新規取引拒絶は、取引先の選択を通じて実現される企業効率の向上、イノベーションの創出、ひいては市場において活発な競争を促進する作用をもたらし得る行為であることから一層配慮することが求められ、新規取引拒絶の規制に際しては違法性判断の透明性と予見性を高める必要があり、司法裁判所は判例法形成を通じて客観的な違法要件の定立に腐心してきた。

新規取引拒絶に関する EU 判例法理は、**Microsoft** 事件判決で第一審裁判所が示した 4 つの違法要件が現時点における到達点として位置付けられよう。当該 4 要件は知的財産権のライセンス拒絶に対する違法要件であり、また、第三要件(要件③)を除いた 3 要件は物的財産権のアクセス拒絶に対する違法要件として機能するものであるが、何れの場合も「二つの区分された市場」を必要とし、隣接市場で競合する競争者への新規取引拒絶を射程に捉え、いわゆる「垂直的新規取引拒絶」を濫用行為として規制することを可能ならしめる²⁶¹。他方、同一市場で競合する競争者への新規取引拒絶は射程外に位置するため、「水平的新規取引拒絶」についてはこれを濫用行為として規制する必要がないと位置付けているものと解される。

なお、上記のように新規取引の申し入れを拒絶する行為に対して、ある一定の要件を充たした場合にカテゴリーカルに違法とする判断様式を規制法理として採用することに関しては米国を対極として異論も唱えられているが、訴訟の局面で当事者として争う事業者にとっては要件の充足性が争点となることが予見可能であることから、違法要件が明確に提示

²⁶⁰ 参照 第 7 章 第 3 節 小括。

²⁶¹ この場合、4 要件(物的財産権の場合は 3 要件)を充足するならば、支配的事業者は取引義務を負うこととなり、従って、取引義務の存在を前提としてベースラインが確定され、新規の取引が拒絶されたことによって「被拒絶者における費用が引き上げられた」と評価することが可能であり、継続取引拒絶同様、「ライバル費用引上げ」によって当該新規取引拒絶の行為の違法性を基礎付けることが可能であると解される。

されていることのメリットは大きいと思われる²⁶²。また、事業者にとって日々の事業活動は競争者との熾烈な競争を勝ち抜く競争過程に他ならず、取引を拒絶する局面で遵守すべき要点が予め明らかにされていることにより、事業者の行為が過度に萎縮すること、或いは過度に増長することを回避でき、自律的な競争規範を形成することを可能ならしめるものとして評価できよう²⁶³。

第4節 EU法まとめ

以上、第6章から本章までを第二部として、EU競争法における単独・直接の取引拒絶の規制状況について、継続取引拒絶と新規取引拒絶とを区別した上で検討を試みた。本稿における分析によれば、EUにおける単独・直接の取引拒絶規制の法的枠組みとして以下のことが言えるものとする。

I：EUの競争法執行においては、「域内市場の統合」という政策目標が常に上位概念として意識され、従来より、旧EEC条約3条1項g号にいう「域内市場において歪曲されない競争システムの確立」が競争法の根拠規定ないし法目的として定位され、同条の規定に忠実な法解釈が志向されてきた。今日、EU競争法の目的に関し、消費者厚生や経済効率性の達成といった経済学的に有意義な価値基準への移行が議論されているが、判例法はなお依然として旧EEC条約3条1項g号の規定に忠実な法解釈を志向する立場をとるものと解される。

II：継続取引拒絶に際して参照される先例は *Commercial Solvents* 事件判決²⁶⁴、および *United Brands* 事件判決²⁶⁵であり、これら判決を基礎として「支配的事業者は正当化事由が無い限り継続取引を拒絶することはできない」というのが確立された判例法理である²⁶⁶。

III：継続取引拒絶の違法性判断は能率競争テストが適合的である。すなわち、能率競争

²⁶² 例えば、Microsoft 事件の第一審裁判所における審理で Microsoft 社はその当時の「確立された判例法」である IMS Health 事件判決で定立された違法要件を参照し、本件は新製品の出現を妨げる要件を充足しないとして争った(See, Microsoft CFI, *supra* note 201, para. 621)。

²⁶³ 川濱教授によれば、「何らかの形で当事者にとって自分の行っている行為が社会を害するものであるということが分からないことには、その法の遵守の方法はない」とされ、「当事者にとって把握可能な、良いか悪いかに関する識別基準が必要となる」との考えを示している(川濱昇「競争者排除行為に係る不正な取引方法・私的独占について—理論的整理—」公正取引委員会・競争政策研究センター(2008年)23～24頁)。

²⁶⁴ Cases 6/73 & 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities*, [1974] ECR 223.

²⁶⁵ See, *United Brands*, *supra* note 18.

²⁶⁶ この立場は近時の欧州司法裁判所判決でも確認されている(See, *GSK AEVE*, *supra* note 18)

(competition on the merits')に反する行為は競争過程を歪曲する効果を有するため²⁶⁷、旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号に反する行為であり、これを市場支配的事業者が行う場合には濫用行為として違法認定されるところ、継続取引拒絶は能率競争に反する排除行為(具体的には能率競争に反する形でライバルの費用を引き上げる行為²⁶⁸)として識別することが可能である。

IV: 新規取引拒絶に際して参照される先例は、ライセンス拒絶を扱った **Magill** 事件判決²⁶⁹、およびアクセス拒絶を扱った **Oscar Bronner** 事件判決²⁷⁰であり、両判決を基礎として違法要件を定立した **Microsoft** 事件判決²⁷¹が現時点におけるメルクマールとして定位される。

V: EU においても新規取引拒絶は「取引選択の自由」および「取引自由の原則」の観点から通常は適法な行為とされ、反競争的と評価し得る「例外的状況」においてのみ違法とされる²⁷²。また、「域内市場の統合」を実現する上で、新規取引拒絶を規制する法理論が必要とされ、予てより「例外的状況」の存在を可視化するうえで EF 理論が有効な規制法理として認識されてきた²⁷³。

VI: 新規取引拒絶を規制する法理論(EF 理論)として **Microsoft** 事件判決が定立した下記 4 要件が「確立された判例法理」として適用される²⁷⁴。

- ①: 当該拒絶行為が隣接市場(neighboring market)における特定の事業活動の実施に不可欠な製品もしくはサービスを対象とし、
- ②: 当該拒絶行為が隣接市場における有効な競争(effective competition)を排除するものであり、
- ③: 当該拒絶行為が潜在的な消費者需要のある新製品の出現を妨げ、
- ④: 当該拒絶行為に客観的な正当化事由が無い場合。

但し、要件③は知的財産権に係るライセンス拒絶の場合には要求されるが、通常の物

²⁶⁷ 川濱教授によれば、「競争過程」とは「事業者が市場において顧客を獲得すべく、よりよい取引条件と品質等を呈示しあう活動(競争活動)が集積する過程」であり、「商品役務の費用を低下させたり、提供する商品役務の魅力を増す」ことを追求する過程であるとされ、このことから競争過程は能率競争(competition on the merits)概念と実質的に同一視し得るものと解される(参照 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(二)」民商法雑誌 139 巻 4・5 号(有斐閣・2009 年)440 頁、川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣・1999 年)354 頁)。

²⁶⁸ 「自己の効率性を増大させる努力等の反映ではなく、相手方の効率性を害する行為の結果、競争者からの競争上の抑制をなくし、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす」行為と説明される(参照 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌 139 巻 6 号(有斐閣・2009 年)597 頁)。

²⁶⁹ See, Magill, supra note 84.

²⁷⁰ See, Oscar Bronner, supra note 128.

²⁷¹ See, Microsoft CFI, supra note 201.

²⁷² See, e.g., Article 82 GP, supra note 250, para. 75.

²⁷³ See, Whish, supra note 72, at 691-692, 970.

²⁷⁴ See, Microsoft CFI, supra note 201, paras. 332-333.

的財産権に係るアクセス拒絶の場合には要求されない。

他方、欧州委員会の公表した 82 条ガイダンスでは、知的財産権に係るライセンス拒絶と通常の物的財産権に係るアクセス拒絶でこのような区別はなされておらず、同じ運用がなされている²⁷⁵。

VII：Microsoft 事件判決で定立された違法要件は、隣接市場で競合する競争者への新規取引拒絶を対象とするため、「垂直的新規取引拒絶」を規制の対象としていると解される。これに対し、同一市場で競合する競争者への新規取引拒絶として観念される「水平的新規取引拒絶」については規制することの必要性が認められておらず規制の射程外に位置するものと解される²⁷⁶。

VIII：なお、EU の判例や当局は、単独・直接の取引拒絶の違法審査に際して、取引相手方との水平的/垂直的關係に着目し、その外形的特徴に応じてアプローチすべきことを示唆しており、この外形的特徴をタイプ別に分類すると表 1(序章末尾に掲載)のようになる。また、EU における主要な判例をタイプ別に仕分けると表 4(本章末尾に掲載)のようになり、さらに、違法認定の判断要素を併記して再整理すると表 5(同)のようになる。

そしてこのような整理によれば、EU における単独・直接の取引拒絶は、そのタイプ別属性に応じて判断要素が異なり、Type X については規制の必要性を認めず、Type A、および B については、市場支配的地位を背景としつつ、能率競争に反する(ライバル費用引上げを伴う)形で競争者を排除する場合、若しくは域内市場の競争を歪曲する限りで EU 機能条約 102 条に反して違法となり、Type Y については、史的展開を踏まえれば Microsoft 事件一般裁判所判決において示された EF 理論の 4 要件を充足する場合に EU 機能条約 102 条に反して違法となるものと解される(このタイプ別の分類とその分析については、本稿後段の終章で米国・日本の判例も含め改めて考察を与える)。

以上が、本稿における EU 競争法上の単独・直接の取引拒絶規制の法的枠組みに関する概括である。

米国判例法は単独・直接の取引拒絶が例外的に違法となることを認め、当該例外に該当し得るのは Aspen 事件連邦最高裁判決²⁷⁷において採用された短期的利益犠牲テスト²⁷⁸が妥

²⁷⁵ 82 条ガイダンスによれば、物的財産権に係るアクセス拒絶と知的財産権に係るライセンス拒絶で差異を設けておらず、共に、(a)供給拒絶が川下市場における有効な競争を可能ならしめる上で客観的に必要とされる製品・サービスに関連するものであること、(b)供給拒絶が川下市場における有効な競争を減殺してしまう蓋然性があること、(c)供給拒絶が消費者を害する蓋然性があること、の 3 要件を満たした場合に違法となるとする(See, Article 82 GP, *supra* note 250, para. 81)。

²⁷⁶ 本稿における分析によれば、米国では新規取引拒絶(垂直的/水平的の何れの場合も)を規制する法的根拠が存在しないが、EU では EF 理論により垂直的新規取引拒絶は規制可能である。しかしながら、水平的新規取引拒絶については現時点で米国・EU 何れの法域でも規制根拠が存在しない(或いは、規制根拠が必要とされていない)ことになろう。

²⁷⁷ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585(1985)。

当する継続取引拒絶に限定され、新規取引拒絶が違法とされることは想定されていない²⁷⁹。これに対し、EU 判例法は継続取引拒絶を正当な理由が無い限り原則違法とし、例外的に新規取引拒絶も違法になることを認める。従って、EU は米国よりも単独・直接の取引拒絶に対して厳格であると言い得るが、EU には厳格であることが必要とされるだけの理由が存在する。

EU において域内市場の統合は歴史的な重みを持った政策目標であり²⁸⁰、市場支配的事業者による取引拒絶は中小事業者を萎縮させ、有効な競争を減殺し、域内市場の統合を阻害する行為として警戒されてきた²⁸¹。従って、EU では域内市場の統合という政策目標を実現する上で取引を強制する法理論が必要とされ、また、オルドー自由主義に基づく有効競争を維持する上で取引に介入する法理論が必要とされ、継続取引拒絶と新規取引拒絶のそれぞれに対し、判例法による規制法理の形成がこれを支援してきたと思料される。

とりわけ、EU 固有の特徴を示すのが EF 理論に対する評価である。自由市場資本主義の下で自由放任主義的経済観を有する米国では「取引先選択の自由」や「取引自由の原則」は事業者に保証された基本理念であり²⁸²、これを制約する EF 理論は「不要で廃棄されるべき」との評価が支配的である²⁸³。EU においても「取引先選択の自由」や「取引自由の原則」は尊重すべき事業者の権利として認められているが、判例法は「例外的状況」においてはこれら権利が制約され、取引が強制されることを認めてきた。この「例外的状況」の存在を基礎付けるための法理論が EF 理論であり、判例法は新規取引拒絶の分野で EF 理論の精緻化に腐心し、「EF 理論」という表記は用いないものの積極的に規制法理として活用してきた。

このような EU の競争法政策/競争法執行からうかがえるのは、政策目標と法目的の在り方如何によって法理論の評価と利用価値が大きく変わってくることであり、政策目標を実現するための手段として法理論を捉えた場合、例えば、EF 理論という法理論は、他の国、地域、或いは事業分野においてもその活用可能性を見出すことは可能なのではなかろうか。もしくは、積極的に活用可能性を探索しないまでも、不要として廃棄するのではなく、選択可能な法理論として活用の余地を残しておくことは必要なのではなかろうか。

次に続く第三部では、我が国独占禁止法上の単独・直接の取引拒絶の位置付けと規制法理について検討することとする。

²⁷⁸ 支配的企業が、短期的には利益を犠牲にすることと引き換えに、長期的には独占を形成し、或いはその地位を強化した後に、より大きな利益を期待する意思を有すると認められる場合に、当該支配的企業の排他的行為を違法な排除行為として識別する基準である(See, Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law III 3rd ed.”, ¶ 651 b2. at 102 (2008)).

²⁷⁹ See, e.g., Trinko, *supra* note 3, at 410.

²⁸⁰ この点については本稿 第 6 章 第 1 節を参照。

²⁸¹ See, e.g., United Brands *supra* note 18, paras. 183, 192.

²⁸² See, e.g., Colgate, *supra* note 159, at 307.

²⁸³ See, Areeda & Hovenkamp III A 2nd ed, *supra* note 3, ¶ 771c. at 173.

＜表 4. EU における主要判例のタイプ別属性＞

法域	事件 No.	判例	違法 /合法	Type
EU	9	Commercial Solvents 事件欧州司法裁判所判決(1974 年)	違法	B
	10	British Midland 事件決定(1992 年)	違法	A
	11	GSK AEVE 事件欧州司法裁判所判決(2008 年)	違法	B
	12	Sabena 航空事件決定(1988 年)	違法	Y
	13	B&I 事件決定(1992 年)	違法	Y
	14	Sea Containers 事件決定(1993 年)	違法	Y
	15	Hafen Roedby 事件決定(1993 年)	違法	Y
	16	ICG 事件決定(1994 年)	違法	Y
	17	Magill 事件欧州司法裁判所判決(1995 年)	違法	Y
	18	Oscar Bronner 事件欧州司法裁判所判決(1998 年)	合法	Y
	19	IMS Health 事件欧州司法裁判所判決(2004 年)	合法	X
	20	Microsoft 事件一般裁判所判決(2007 年)	違法	Y

※1 上記の事件 No.は、米国で検討した判例の事件 No.に続く通し番号として付した。

※2 EU で検討した判例のうち、顧客に対して競争法上違法な行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が用いられた事案や、単独・間接の取引拒絶の事案はここでの検討の対象外とする。

＜表 5. 単独・直接の取引拒絶のタイプ別分類と違法性の判断要素＞

法域	Type	事件 No.	排除行為の違法認定に際して必要とされた事実
EU	A	10	・能率競争に反する(ライバル費用引上げを伴う)競争者の排除 ・市場支配的地位を背景とした排除効果
	B	9	・域内市場の競争歪曲
		11	・市場支配的地位を背景とした排除効果
	X	19	・規制の対象外(規制不要)
	Y	12	・域内市場の競争歪曲 ・市場支配的地位を背景とした排除効果
		13	・ EF 理論の要件充足※3
		14	
		15	
		16	
		17	・ EF 理論の要件充足※4
		18	
		20	

※3 ここでの EF 理論の要件とは、一連の港湾事件決定において示された 3 要件であり、

- ①：川下市場において競争上不可欠な施設を保有している
- ②：川下市場の競争者に対して当該不可欠施設へのアクセスを拒絶している
- ③：当該アクセス拒絶に正当化事由が無い

※4 ここでの EF 理論の要件とは、Microsoft 事件一般裁判所判決において示された 4 要件であり、

- ①：川下市場において事業活動上不可欠な製品・サービスが拒絶の対象となっている
- ②：当該拒絶によって川下市場における有効な競争が排除される
- ③：当該拒絶によって消費者需要のある新製品の出現が妨げられる
- ④：当該拒絶に正当化事由が無い

《 第Ⅲ部：日本における単独・直接の取引拒絶規制 》

第9章 我が国における私的独占および不公正な取引方法の違法要件論

我が国の独占禁止法(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律¹、以下「独禁法」という)は、事業者が単独で直接的に取引を拒絶する行為を、独禁法3条前段の「私的独占の禁止」によって、もしくは公正取引委員会(以下、「公取委」という)が指定する「不公正な取引方法」²の一般指定2項「その他の取引拒絶」に該当する行為として独禁法19条により規制する。

不公正な取引方法の禁止は、私的独占の禁止、および不当な取引制限の禁止とともに、独禁法の3本柱³をなすものとされる一方で、私的独占の禁止、および不当な取引制限の禁止に対する補完的・予防的規定として位置付けられ⁴、前者が「公正競争阻害性」によって違法性が判断されるのに対し、後二者は「競争の実質的制限」によって違法性が判断され、一般に、競争に及ぼす弊害の程度において、「公正競争阻害性」は「競争の実質的制限」ほ

¹ 昭和22年4月14日法律第54号(直近改正：平成21年6月10日法律第51号)

² 昭和57年6月18日公取委告示第15号(直近改正：平成21年10月28日公取委告示第18号)

³ あるいは企業結合の規制を加えて4本柱をなすとされる(根岸哲編『注釈 独占禁止法』〔根岸哲執筆部分〕(有斐閣・2009年)337頁)。

⁴ もっとも、不公正な取引方法のうち、ぎまんの顧客誘引(一般指定8項)や優越的地位の濫用(一般指定13項)規制は、私的独占および不当な取引制限に対する補完的・予防的役割にとどまらない独自の行為類型であるとされる(参照 根岸編〔根岸執筆〕・前掲注3, 337頁)。

⁵ 不公正な取引方法の独禁法上の意義と位置付けに関し、消極的な見解としては、不公正な取引方法の禁止は競争法体系に合致せず不要とする見方(村上政博『独占禁止法の新展開』(判例タイムズ社・2011年)5頁)、あるいは、私的独占に対して不公正な取引方法は「違反類型としては格下」とする見方(白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』(有斐閣・2009年)293頁)がある一方で、積極的な見解としては、不公正な取引方法の規制は、私的独占の禁止に対する補完的・従属的あるいは二次的規制ではなく、事業者間、あるいは事業者と消費者との間の取引に関する公正競争のためのルールとして、それ独自の存在理由と意義を見出す立場(舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣・2009年)21頁)、あるいは、独占禁止法の規制基準を、私的独占・不当な取引制限および企業結合における「市場支配力基準」と、市場支配力の形成・維持・強化に至らない不公正な取引方法における「競争減殺基準」とに大別した上で、後者において独自の規制領域を有する不公正な取引方法に、競争の実質的制限に至ることを未然に防ぐ予防的意義のみならず、それ自体競争秩序の維持を可能ならしめる積極的意義を見出す立場(平林英勝「不公正な取引方法規制の歴史・意義・課題」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第30号(有斐閣・2009年)72～73頁)がある。

どの厳格性は要求されず「ある程度においては公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りる」⁶と解されており、不公正な取引方法の規制は、いわゆる「萌芽理論」⁷の立場から運用されてきた。

従って、我が国における単独・直接の取引拒絶規制は違法性判断基準が異なる二つの規制領域を有しており、その分析・評価は、私的独占に該当する場合と不公正な取引方法に該当する場合とのそれぞれについて検討することが必要となる。

本章では、各論としての単独・直接の取引拒絶規制を考究する前提的作業として、総論としての私的独占と不公正な取引方法の違法要件について分析し、依るべきスタンスを明確にすることとしたい。

第1節 独禁法概論

1-1. 単独・直接の取引拒絶規制の独禁法上の位置付け

今日、独禁法の体系上、単独・直接の取引拒絶が私的独占として規制される場合と不公正な取引方法として規制される場合との法的効果の違いは刑罰の有無(独禁法 89 条以下)と制裁の軽重にある。従来(平成 17 年改正法前)の独禁法体系においては、私的独占あるいは不公正な取引方法の何れに該当する場合であっても、制裁は専ら排除措置命令にとどまるものであり、両者の間に法律上の効果に関して実質的・実態的な差異は認められなかった⁸⁾¹⁰。しかしながら、平成 21 年改正法¹¹において、取引拒絶を含む「排除型私的独占」¹²が

⁶ 第一次大正製菓事件 審判審決昭 28・3・28 審決集 4 巻 128 頁。

⁷ 「不公正な取引方法」の前身である「不公正な競争方法」は、米国のクレイトン法及び連邦取引委員会法 5 条の規定及び判例法を参考にして規定され、米国法と同様に、やがて競争を実質的に制限することとなるような行為を「萌芽のうちに」摘み取っておく必要があるとの趣旨で定められた規定であり、「萌芽理論」は市場支配力の形成を未然に防止するという意味合いのみならず、既に市場支配力を有する事業者が「独占力を拡張する場合」等、放っておけば別の市場における競争を制限する場合も抑止の対象として想定されていたと解される(金井貴嗣「不公正な取引方法をめぐる諸課題」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号(有斐閣・2009 年)2 頁)。

⁸ この点に関しては学説に対立が見られる。私的独占の制裁に、より大きな意義を見出す立場からは「私的独占としたほうが広範で多様な排除措置が採れ、適切な解決方法となり得る」といった主張(根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第 4 版〕』(有斐閣・2010)90 頁)、あるいは「私的独占とした方が事件処理の社会的感銘力が大きい」といった主張(川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣・1999 年)326 頁)がなされているのに対し、これら主張を「根拠のない主張である」として批判し、エンフォースメントの比較において私的独占と不公正な取引方法の間に差異はほとんど見られないとする立場がある(白石・前掲注 5, 289 頁)。

⁹ 私的独占の場合、公取委が刑事告発した場合に限り刑事訴訟となり、刑事罰が課される可能性を有しているが、これまでに公取委が私的独占を根拠として刑事告発したことは無い(白石・前掲注 5, 289 頁)。

¹⁰ なお、不公正な取引方法に該当した場合に限り、独禁法 24 条によって民事差止請求の対象となる。

¹¹ 平成 21 年法律第 51 号。

¹² 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針(平成 21 年 10 月 28 日 公正取引委員会)(以下、「排除型私的独占ガイドライン」という)」によれば、「排除型私的独占」に該当する行為類型としては、主として「不

課徴金納付命令の対象とされたことに伴い¹³、単独・直接の取引拒絶が私的独占として違法構成された場合には、不公正な取引方法として違法構成される場合に比して厳格な制裁が課されることとなった。

他方、平成 21 年改正法においては、従来より、不公正な取引方法として一般指定(以下、平成 21 年改正法施行に伴い改正される前の告示を「旧法一般指定」という)で規定されてきた行為類型のうち、違法性が比較的明確である「共同の取引拒絶(旧法一般指定 1 項)」、「不当廉売(同 6 項前段)」、「再販売価格の拘束(同 12 項)」、或いは違反の抑止力強化が要請された「差別対価(同 3 項)」、「優越的地位の濫用(同 14 項)」の 5 類型が新たに課徴金納付命令の対象とされた¹⁴一方で、単独・直接の取引拒絶を含む「その他の取引拒絶(同 2 項)」は課徴金納付命令の対象外とされ、引き続き排除措置命令にとどまる不公正な取引方法の行為類型として位置付けられている。

今般、課徴金納付命令の対象外とされた不公正な取引方法の各行為類型¹⁵は、一般に違法性を明確に示すことが困難な行為類型であり、正当な競争行為か違法な排除行為かの判断が容易ではないことから、従前の排除措置に加えて新たに課徴金を課することにより事業者の事業活動を萎縮させてしまうことが懸念された行為類型である¹⁶。或いは、これら課徴金

当廉売」、「排他的取引」、「抱き合わせ」、及び「供給拒絶・差別的取扱」の 4 類型が想定されている(第 2-1-(2))。

¹³ これに先行して、平成 17 年改正法(平成 17 年法律第 35 号)において、「支配型私的独占」が課徴金納付命令の対象とされた。これは「市場における有力な事業者が他の事業者の事業活動を支配して、当該他の事業者の対価・供給量・供給先等の事項を指示」することにより、「経済実態としては、カルテル等が行われた場合と同様の競争制限効果が生じており」、その結果「違反事業者はカルテル等の場合と同様の違法な経済的利得を得ている」ことになるため、このような「支配型の私的独占についても、課徴金制度の対象とすることが適当」とされた(諏訪園貞明編著『平成 17 年改正独占禁止法』(商事法務・2005 年)54 頁)。なお、この時点では排除型私的独占は課徴金の対象とされなかったが、「他の事業者の事業活動を排除する行為を課徴金の対象とすることは今後の課題である」(平成 17 年 4 月 6 日参議院本会議・細田博之内閣官房長官発言)とされた。

¹⁴ もっとも、「共同の取引拒絶」、「不当廉売」、「再販売価格の拘束」、および「差別対価」の 4 つの行為類型については、事業活動を過度に萎縮させないようにする観点から、最初の違反については課徴金納付を命じず、違反が繰り返された場合(調査開始日からさかのぼり 10 年以内に同一の行為類型について排除措置命令を受けている等の要件を満たす場合)に課徴金納付を命じることとしている(独禁法第 20 条の 2 乃至 5)。

他方、「優越的地位の濫用」については、課徴金納付命令に関して前記 4 つの行為類型のような「10 年以内の累犯」の要件は無く、平成 21 年改正法施行後、山陽マルナカ事件(平成 23 年(措)第 5 号)において初めて課徴金が課されたが、山陽マルナカは平成 16 年にも「優越的地位の濫用」で勧告を受けており(勧告審決 平 16・4・15 審決集 51 卷 412 頁)、本件事案から「優越的地位の濫用」に対する違反抑止力の必要性和当該違反抑止力として課徴金を課することの妥当性が見出されるとともに、我が国の経済実態/流通慣行として「優越的地位の濫用」がなお依然として反復性・継続性をもって行われていることが明らかとなった。

¹⁵ 排除型私的独占の手段となる行為類型のうち、平成 21 年改正法で課徴金納付命令の対象外とされた行為類型は「その他の取引拒絶(旧法一般指定 2 項)」、「取引条件等の差別的取扱(同 4 項)」、「事業者団体における差別的取扱(同 5 項)」、「不等高価購入(同 7 項)」、「抱き合わせ販売等(同 10 項)」、「排他条件付取引(同 11 項)」、および「競争者に対する取引妨害(同 15 項)」であり、同様に、排除型私的独占の手段とはならない行為類型のうち「ぎまんの顧客誘引(同 8 項)」、「不当な利益による顧客誘引(同 9 項)」、および「競争会社に対する内部干渉(同 16 項)」も課徴金納付命令の対象外とされた。

¹⁶ 独占禁止法基本問題懇談会報告書(平成 19 年 6 月 26 日)では、不公正な取引方法を課徴金の対象とすることに関して、①不公正な取引方法は「公正な競争を阻害するおそれ」を要件とする予防的な規制である、②事業者にとって、正当な競争行為か違反行為かの区別が難しく、違反金の対象とすることにより

対象外の行為類型については、排除型私的独占が課徴金の対象となったことにより間接的に抑止効果が及ぶことを期待するにとどまる行為類型である¹⁷。

このような状況から、我が国においても単独・直接の取引拒絶を違法な排除行為と判断することの困難さがかがえ、独禁法体系上も慎重な取扱いがなされていると解される。

なお、平成 21 年改正法により制裁面において、排除型私的独占および不公正な取引方法のうち前述の特定 5 類型については課徴金制度が導入されるという変化が生じたが、単独・直接の取引拒絶に関しては、従来同様、私的独占(排除型私的独占)として規制される領域と、不公正な取引方法として補完的・予防的に規制される領域という二つの規制領域を有することに変わり無く、実体法上の取扱いに変化は生じていない。

従って、単独・直接の取引拒絶の規制法理に関する分析・検討作業は、基本的にこれまでの学説・判例の展開を基礎として差し支えないと思料される。

1－2. 独禁法の法目的

我が国の独禁法は終戦後、連合国軍総司令部による指揮・監督の下で立法化作業が進められ¹⁸、昭和 22 年(1947 年)、最後の帝国議会に法案が提出され¹⁹、3 月 31 日に衆議院・貴族院を通過し成立した。戦前、重要産業統制法(昭和 6 年(1931 年)制定)をはじめとして国家がカルテルの結成・実施を支援する経済産業政策²⁰が採られていたことに鑑みれば、独禁法の制定は「革命的」²¹な価値転換を図るものであったといえる²²。

事業活動の萎縮をもたらすおそれがある、③「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」にいたらない行為に違反金を課すことは現行課徴金制度と整合を欠き、不公正な取引方法の一部の行為類型を取り上げて違反金を課すのであれば、法体系全体から見た検討が必要等の見解が示されている(Ⅲ-3-(2)-ア)。

¹⁷ 諏訪園・前掲注 13, 15 頁。

¹⁸ まず、戦争遂行に深く関与した財閥の解体政策を検討すべく 1946 年 1 月にコーウィン・エドワーズを団長とする財閥調査団が派遣され、同年 8 月には同調査団の報告書に基づきカーム判事(司令部経済科学局反トラスト・カルテル課立法係主任)によって独禁法試案(カーム氏試案)が作成され、その後、カームの後任であるレスター・サルウィンによって立法化に向けた作業が進められた。なお、日本側は省庁横断的に選任した官僚(橋井真(商工省)、橋本龍伍(大蔵省)、黄田多喜夫(外務省)、石井良三(司法省)ら)によって起草作業が進められ、司令部側との協議が重ねられた(平林英勝「独禁法の起草過程にみる公正取引委員会・独立行政委員会の誕生」・神奈川法学 41 巻 1 号(2008 年)22 頁以下)。

¹⁹ 本法案において組織名称を「公正取引委員会」とし、「公正取引委員会は内閣総理大臣の所轄に属する」とされた。協議の過程では公正取引委員会を司法大臣の監督下に置くことも検討されたが、職権行使の独立性(独立行政委員会)の観点から内閣総理大臣が所轄することとされた。なお、組織名称に関しては「独占禁圧委員会」や「独占禁止委員会」も検討されたが、抑圧的・拘束的な名称よりも発展的・開放的な名称のほうがよいとの議論があり「公正取引委員会」に改められた(平林・前掲注 18, 44～46 頁)。

²⁰ 典型的には、商工省がカルテルやトラストを容認し、これを監督規制するという手法が採られた。当時の政府は統制協定に基づき一致団結(すなわちカルテルを結成)することを奨励するとともに、競争状態を無秩序・無統制・無謀不当と捉え、産業界を極度の不安定に陥れるものとして弊害視し、カルテルや統制を加えることによって安定的に「国民経済の健全な発達」を図ろうとした(平林英勝「独占禁止法第 1 条の起草過程とその背景および意義」筑波ロー・ジャーナル創刊号(2007 年)58 頁)。

²¹ 平林英勝「日本的独占禁止法の形成と丸山泰男」筑波ロー・ジャーナル 5 号(2009 年)148 頁。

²² 昭和初期以来、経済統制を主導してきた商工省にとっては自由競争を旨とする独占禁止法の制定は受け容れ難いものであった。商工省は終戦直後の混乱した経済や日本経済が未発達であることに鑑みて独禁

独禁法 1 条は法の理念を謳った目的規定であり、「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする」とある。

本条の後段部分が立法目的を、前段部分がその立法目的を実現するために採られる規制内容を示しているが、後段の立法目的の解釈に関しては諸説存在し、意見の対立が見られる。

まず、かつて有力に唱えられていた説は、独禁法の目的は「公正且つ自由な競争の促進」にあるとし、当該文言以下の部分は、独禁法の直接の目的ではなく、競争政策によりより期待される政策的効果であり「一般消費者の利益」や「国民経済の民主的で健全な発達」は反射的利益または付随的利益に過ぎないとする立場である(以下、この立場を「有力説」という)²³。

他方、少数説は、独禁法の目的は「国民経済の民主的で健全な発達」の促進にあるとし、競争政策は当該目的実現のための手段に過ぎず、当該目的に合致する限りにおいてのみ実現されるべきものであり、当該目的に合致しない場合には他の政策に道を譲るべきとする立場がある²⁴。また、一般消費者の利益と国民経済全般の利益が相反するような場合には、後者は前者に優先すべきとする²⁵。

あるいは、同じく少数説として、独禁法の中心的な目的は「一般消費者の利益」の確保にあるとし、高度資本主義経済社会に特徴的な支配従属関係(大企業等の独占体と中小企業や一般消費者等の非独占体との間の関係)を解消することにより、これらの経済主体間の実質的平等権・対等取引権を確保することに求める立場がある²⁶。

これらに対し、近時の通説的見解は最高裁により示された立場であり、独禁法の直接目的は「公正且つ自由な競争の促進」にあるとされ、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」は究極目的であるとする²⁷。相対立する前

法制定の動きに対して時期尚早論を唱え、引き延ばしを主張するとともに、商工省が作成した法案要綱「不正競争の防止及び独占の禁圧に関する法律案要綱」は、なお重要産業統制法の規制手法をとるものであった(平林・前掲注 20, 42～43 頁)。

²³ 今村成和『独占禁止法入門〔第 4 版〕』(有斐閣・1993 年)2 頁。なお、かつては公取委もこの有力説の立場を採っていた(合板入札価格協定事件 審判審決 昭 24・8・30 審決集 1 巻 62 頁、ジュース表示事件 審判審決 昭 48・3・14 審決集 19 巻 159 頁)。

²⁴ 商工省企画室『独占禁止法の解説』(時事通信社・1947 年)15 頁。

²⁵ 石井良三『独占禁止法 経済力集中排除法』(海口書店・1947 年)44 頁。なお、国民経済全般の利益を優先させる本説に対しては、「このような全体主義的な考え方をとり、戦前の大企業優先的な産業保護政策に逆戻りを余儀なくされ、独占禁止法の実存意義を抹殺するものと言うことができるのであり、もはや、学説足りえない」との批判がある(谷原修身『独占禁止法と民事的救済制度』(中央経済社・2003 年)21 頁)。

²⁶ 正田彬『全訂独占禁止法〔I〕』(日本評論社・1980 年)108～110 頁。

²⁷ 石油価格協定刑事事件 最判昭 59・2・24 審決集 30 巻 237 頁。

記学説の中では有力説に近い中間的立場を採るものであり、今日、独禁法の法目的の解釈としては支配的見解として受け入れられている²⁸。

このように諸説対立が見られる中で、独禁法の法目的にいかなる解釈を与えるかは個々の規定の解釈基準を見出すうえで重要である²⁹。本稿におけるこれまでの検討では、単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準を探索する際に、競争過程への侵害効果は把握可能であるが、消費者厚生や経済効率性に対する侵害効果は把握が困難であることを認識してきた³⁰。ここで「公正且つ自由な競争の促進」が競争過程に相当し、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」が消費者厚生や経済効率性に相当すると仮定した場合³¹、独禁法の目的が「一般消費者の利益を確保する」こと、あるいは「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」であるならば、消費者厚生や経済効率性の評価が必要となり、現実的な規制基準を見出すことは困難であろうことが推察される。これに対し、独禁法の直接目的が「公正且つ自由な競争の促進」とされるならば、また、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」が究極目的ないし反射的・付随的利益という位置付けにとどまるならば、競争過程への侵害効果を手掛かりとして現実的な規制基準を定立することはある程度可能であるように思われる³²。

従って、独禁法の法目的の解釈に「把握可能性・認識可能性」という現実的な尺度を持ち込んだ場合、本稿において論理的整合性を有すると認められる解釈は有力説であり、ま

²⁸ 独禁法の目的論に関して通説的見解に立つものとして、根岸編〔根岸執筆〕・前掲注 3, 1 頁、金井貴嗣「独占禁止法の目的と体系」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開[1]』（三省堂・2002 年）4 頁などがある。

²⁹ このような目的規定は母法である米国反トラスト法や他の先進各国の競争法には見られない異例のものであるが、我が国独禁法はその起草段階から、本法の目的を掲げて法運用の大原則を明示すること、とりわけ、本法の判例法的性格を考慮して、法運用の基準となるべき目的に重要な意義を持たせることが企図された経緯があり、その立法趣旨に鑑みれば、「目的規定が独占禁止法の理念を示し、解釈運用の基準となるものであるから、その重要さは論をまたない」といえよう（平林・前掲注 20, 39～40 頁）。

³⁰ 競争過程への侵害効果の把握可能性については第 4 章 第 2 節 および第 3 節 参照。また、消費者厚生や経済効率性に対する侵害効果の把握困難性については第 4 章 第 1 節参照。

³¹ 「公正且つ自由な競争の促進」とは「競争によって商品・役務の価格が低くなること、および品質が改善される」とことと解され（金井貴嗣＝川濱昇ほか編著『独占禁止法〔第 3 版〕』（弘文堂・2011 年）6 頁）、また、「競争過程」とは「事業者が市場において顧客を獲得すべく、よりよい取引条件と品質等を呈示しあう活動（競争活動）が集積する過程」であると解され（川濱昇「市場秩序法としての独禁法（二）」民商法雑誌 139 巻 4・5 号（有斐閣・2009 年）2 頁）、この理解において「公正且つ自由な競争の促進」と「競争過程」は一致する。他方、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」とは、その前段にある「事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め」た成果であり、従って「生産効率や活発な技術革新を促し、それによって経済活動の規模が拡大して雇用水準が高まり、コストが低下して物価が安定するなどの望ましい経済成果」を意味すると解され（根岸＝舟田・前掲注 8, 33 頁）、この理解において、「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」と経済学的価値基準としての消費者厚生および経済効率性は一致する。

³² 競争過程への侵害は、能率競争によらない排除行為として、例えば「ライバル費用引上げ」や「短期的利益犠牲」という形で識別される（川濱昇「市場秩序法としての独禁法（三・完）」民商法雑誌 139 巻 6 号（有斐閣・2009 年）12～22 頁）。

た、究極目的を反射的・付随的に実現される法目的と解することが許容されるならば、通説的見解も参照可能な解釈として位置付けられるものとする。

第2節 私的独占の成立要件

独禁法2条5項は私的独占を「①事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、②他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、③公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と定義しており、法文上、下線①の部分が「行為主体の要件」、下線②の部分が「行為形態の要件」、そして下線③の部分が「市場効果の要件」として整理・区分される³³。

2-1. 行為主体の要件

私的独占の行為主体は「事業者」とされる。米国のシャーマン法2条に基づく独占化行為規制では、行為主体が「独占力(monopoly power)」を有すること(より正確には、独占化があったかどうか判断する時点で独占力を有していること)が要件とされ³⁴、EUの機能条約102条に基づく市場支配的地位の濫用行為規制では、行為主体が「支配的地位(dominant position)」を有することが要件とされる³⁵、我が国の私的独占規制の場合には、法文上そのような要件は明示的に定められておらず、「事業者」であれば行為主体の要件を満たす。

もっとも、私的独占に該当するには「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」独占力ないし市場支配力が必要とされ、法文上の解釈に反し、法運用上は当該独占力ないし市場支配力の要求レベルが厳格であったとの見方も呈示されている³⁶³⁷。しかしながら、

³³ 金井＝川濱ほか・前掲注31, 144頁。

³⁴ See, *United States v. Grinnell Corp.* 384 U.S. 563, 570-571 (1966); see also, *Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

³⁵ See, *Case 27/76, United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, para. 65; see also, *Case T-201/04 Microsoft v. Commission*, [2007] ECR II-3601, para. 435.

³⁶ 例えば、独占力ないし市場支配力を算定する上での重要な指標であるマーケット・シェアで比較した場合、米国シャーマン法2条の独占化行為規制においては70%程度、EU機能条約102条の市場支配的地位の濫用行為規制においては40%程度で独占力ないし市場支配力が推定されるのに対し、我が国の私的独占規制においては日本医療食協会事件(勧告審決 平8・5・8 審決集43巻209頁)でほぼ100%、パチンコ機製造特許プール事件(勧告審決 平9・8・6 審決集44巻238頁)で約90%、雪印・北海道バター事件(審判審決 昭31・7・28 審決集8巻12頁)で80%、東洋製罐事件(勧告審決 昭47・9・18 審決集19巻87頁)で74%という状況にあり、先例を見る限りシェア基準は米国・EUよりも高いレベルにあることから、私的独占における行為主体の要件の解釈は厳格に過ぎたとの指摘がある(泉水文雄「私的独占・企業結合の規制」日本経済法学会編『独占禁止法50年』経済法学会年報 第18号(有斐閣・1997年)2～3頁)。

³⁷ 学説の中には、私的独占規制はシャーマン法2条を継受したものであり、巨大な独占力に対処するための規定だという理解から、「私的独占」とは、独占力のある事業者の単独行為規制だと主張する立場(村上政博『独占禁止法』(弘文堂・1996年)234頁)もあるが、法律要件として行為主体にかような限定はなく、

排除行為ないし支配行為を通じて競争の実質的制限をもたらすには、行為主体が戦略的地位を占めている必要はあるが、それは当然には高度のシェアに裏打ちされた独占的地位であることを要せず、結局は、「事業者」であることを前提として、行為形態の要件と市場効果の要件を問題にすれば足りると解される³⁸。

なお、私的独占では行為者が単独であっても複数であっても規制の対象となり、複数事業者による私的独占が成立する場合には、同時に不当な取引制限が成立することもあり得るが³⁹、この場合の課徴金は、何れか一方の規定適用により金額が算定されると解される⁴⁰。

2-2. 行為形態の要件

独禁法 2 条 5 項は「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配する」行為を私的独占の行為要件として呈示する。排除・支配の概念に関して、排除とは「他の事業者が独自の事業活動を続けること、あるいは新規参入を著しく困難にすること」⁴¹とされ、支配とは「他の事業者を直接間接に拘束しあるいは強制することによって、その事業活動を自己の意思に従わせること」⁴²とされる。

支配行為は我が国独禁法独自の行為類型であると解されている⁴³のに対し、排除行為は各国競争法に共通の行為類型であり、例えば、米国シャーマン法 2 条は独占化行為規制の対象として、或いは、EU 機能条約 102 条は市場支配的地位の濫用行為規制の対象として排除行為を位置付けている。もっとも、本稿で既に概観してきたように、米国・EU の何れにおいても「競争法上違法と評価される排除行為」について一般的・包括的な規制基準を定立するには至っておらず、近年、各国競争法が抱える共通の問題として「いかなる排除行為が競争法上違法な排除行為として規制されるべきか」、或いは「競争法上違法な排除行為を

このような性格付けは私的独占規制を不必要に限定的なものにする可能性があるとの批判がある(川濱・前掲注 8, 343 頁)。

³⁸ 川濱・前掲注 8, 344 頁。

³⁹ 法文が掲げる「結合」または「通謀」には、①株式保有および役員兼任などの企業組織上の手段により、事業者が独立性を喪失する程度にまで結び付いている場合(いわゆる「固い結合」)と、②事業者が独立性を維持したままで結び付く場合(いわゆる「ゆるい結合」)の双方が含まれ、後者の場合、事業者間に「意思の連絡」があれば、私的独占における複数の事業者間での「結合」または「通謀」は充足され、さらに、「意思の連絡」を通じた「相互拘束」によって、他の事業者の事業活動を排除・支配する場合には、不当な取引制限と私的独占の両者が成立し得ると考えられる(金井=川濱ほか・前掲注 31, 145～146 頁)。

⁴⁰ なお、共同の取引拒絶は、法定行為類型として課徴金納付命令の対象となる不正な取引方法であるが、同時に、不当な取引制限と私的独占に該当することもあり得、この場合の課徴金算定は何れか一つの規定適用により算定される(20 条の 2 但し書き)。

⁴¹ 根岸=舟田・前掲注 8, 78 頁。

⁴² あるいは、「企業の事業活動についての自主的な決定を行い得ない状態をもたらす行為」とも言い換えられる(根岸=舟田・前掲注 8, 78 頁)。

⁴³ 米国シャーマン法 2 条、或いは、EU 機能条約 102 条において、競争を歪める典型的行為は、競争者の競争的行動を挫き、潜在的競争者の新規参入を妨害する行為、すなわち排除行為に相当するものと考えられており、我が国独禁法にいう「事業者の事業活動の支配」を行為類型とする考え方は見られないと解される(川濱・前掲注 8, 350 頁)。

識別する基準とは何か」について活発な議論が展開されている⁴⁴。

本稿の主たる関心も排除行為を分析・検討することであり、支配行為については必要な範囲で検討を行うこととする。

2-2-1. 排除行為の概念

競争はそれ自体、他の事業者の事業活動を排除する過程である。より良い品質の製品をより好ましい取引条件で提供することが他の事業者の事業活動を困難にし、関連市場から退出を余儀なくさせることがあるが、かかる行為を不当な排除とするのは競争を否定することになる⁴⁵。従って、排除はそれ自体に悪性があるわけではなく、「正当なもの」と「不当なもの」とが存在し、不当な排除と正当な排除とを識別する必要(すなわち、規制すべき排除行為を識別する必要)がある。

従来、我が国の私的独占規制においては、審決等で排除行為に不当性があることを違法認定の要件として示すことなく、独禁法 2 条 5 項の文言を形式的に適用してきたとの指摘がある⁴⁶。すなわち、行為の不当性(排除行為該当性)について具体化・明確化することが必ずしも要求されず、従って、行為の不当性という観点から違法性判断の基準となる要件が示されてこなかった⁴⁷。

このような従来の規制経緯、及びその反作用ともいえる近時の排除の概念を巡る問題意識の高まりを踏まえ、今日、我が国においても排除行為の違法性判断基準に対する議論が盛んに行われている⁴⁸。

⁴⁴ 米国では競争政策上の論点となる各種単独行為について公聴会での議論を経た後、司法省が「競争と独占：シャーマン法 2 条における単独行為(U.S. Department of Justice, ‘Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act’)」と題するレポートを公表した(なお、ブッシュ政権下で策定された同レポートはオバマ政権への移行に伴い破棄された点に注意を要する)。また、EU においても市場支配的地位の濫用行為規制について「現代化」が志向されており、欧州委員会は「支配的事業者による排他的濫用行為への EC 条約 82 条の適用における委員会の執行方針に関する指針(Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings)」と題するガイダンス・ペーパーを公表し、経済分析を重視する姿勢を打ち出した。米国の状況については本稿第 5 章 第 3 節を、EU の状況については本稿第 7 章 第 3 節、および第 8 章 第 3 節を参照。

⁴⁵ 排除型私的独占ガイドラインにおいても「事業者が自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供したことによって、競争者の非効率的な事業活動の継続が困難になったとしても、これは独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争の結果であり、このような行為が排除行為に該当することはない」とする(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12, 第 2-1(1))。

⁴⁶ 滝川敏明「競争者排除行為の違法認定基準(上)」公正取引 671 号(2006 年)23 頁。

⁴⁷ この点に関し、NTT 東日本事件最高裁判決(最判平 22・12・17 民集 64 卷 8 号 2067 頁)は「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」場合には 2 条 5 項にいう排除行為に該当すると判示し(判決書理由 4)、排除行為の概念について明確化が図られたが、同判決によれば、具体的には行為の諸要素を「総合的に考慮して判断すべき」とするものであり、ここに言う「総合的に考慮して」が再現性を具備した一般的判断基準足りえるかは議論の余地のあるところである(参照 泉水文雄「東日本電信電話の光ファイバ設備に関する私的独占事件最高裁判決」公正取引 No.726(2011 年)79 頁)。

⁴⁸ 例えば、2007 年の日本経済法学会のテーマは「私的独占規制の現代的課題」であり、私的独占にかかる排除行為の規制理論や違法性判断基準について議論が展開された(参照 日本経済法学会編『私的独占規

我が国における排除行為の規制根拠を探索する議論は、先行する米国の理論をベースに展開されているといつてよい⁴⁹。現在のところ、多様な形態・類型を有する排除行為に対して包括的・統一的に適用可能な規制基準は見出されていないが⁵⁰、「能率によらない排除」を不当な排除と定位する考え方⁵¹を出発点として、排除行為を識別する幾つかの「テスト」を各行為類型の特徴に応じて適用する複合アプローチが提唱されており⁵²、その代表的な「テスト」としては「不当なライバル費用引上げテスト(RRC: Raising Rivals' Cost Test)」⁵³、および本稿にて効果の不当性に限定した「ライバル費用引上げテスト」、或いは「短期的利益犠牲テスト(Short-term Profit Sacrifice Test)」⁵⁴、若しくは「同等効率の競争者テスト(Equally Efficient Rival Test)」⁵⁵がある。

制の現代的課題』日本経済法学会年報 第28号(有斐閣・2007年))。

⁴⁹ 参照 川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会編・前掲注48, 20頁以下、および、滝川敏明「排除行為の違法判定ー競争法基準と独禁法への示唆」・同40頁以下。

⁵⁰ 排除型私的独占ガイドラインにおいても「排除行為に該当するか否かを判断する際に考慮すべき要素は行為類型によって異なることから、可能な限り排除行為を類型化して、行為類型ごとに判断要素を掲げる」こととしており、現時点では排除行為一般に対する包括的・統一的な規制基準を見出すには至っていない(排除型私的独占ガイドライン・前掲注12, 第2-1(2))。

⁵¹ 「能率競争(competition on the merits)によらない排除」を不当な排除と捉える立場であり、本来的に、商品役務の費用を低下させ、提供する商品役務の魅力を増すことを追求する能率競争の過程で市場から排除されることは、独禁法の追求しようとする競争の必然的過程であり、従って、「能率競争によらない排除」を議論の出発点にすることは我が国においても妥当であるとされる(川濱・前掲注8, 354頁)。なお、能率競争概念は米国のBorkやOrdoverらによって提唱された概念であり、米国反トラスト法では能率競争によらない排除を不当な排除と捉えることに概ね合意が見られる(See, Robert H. Bork, “The Antitrust Paradox”, 66 (1978); see also, J. A. Ordover and G. Saloner, “Predation, Monopolization and Antitrust”, in Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds.), “Handbook of Industrial Organization, vol. 1”, 538-539 (1989))。米国の状況は、第4章 第3節参照。

⁵² 根岸哲編『注釈 独占禁止法』[川濱昇執筆部分] (有斐閣・2009年)40頁以下、滝川・前掲注46, 24頁以下。

⁵³ 不当なライバル費用引上げテストおよびライバル費用引上げテストの概要については第4章 第3節参照。なお、我が国では不当なライバル費用引上げ戦略の観点から分析が進められてきたのは専ら不公正な取引方法に該当する行為であり、競争者に対する影響で公正競争阻害性を判断することに異論は少ないとされる(川濱・前掲注8, 357～358頁)。また、「ライバル費用を増大させて、競争者の加える制約を緩和し、もって競争水準から乖離した取引条件を自身に有利に行うことは競争の実質的制限の従来の定義の範囲内であることの異論はなかろう」との認識の下、私的独占に対しても不当なライバル費用引上げテストは適用可能であるとの立場が示されている(川濱・同357頁)。

⁵⁴ 短期的利益犠牲テストの概要については第4章 第2節参照。なお、このテストは「問題となる行為が、事後の独占利潤の増大を主たる動機として行われ、かつ、効率性の追求が当該行為の動機となるものではなかったことを識別する基準として機能する」ことから、私的独占のレベルで適用可能なテストとされ(川濱・前掲注8, 359頁)、行為類型としては略奪価格や単独の取引拒絶が同テストに適合的であるとされる(川濱・前掲注32, 13頁)。

⁵⁵ 同等効率の競争者テストの概要については第4章 第2節参照。なお、同等効率の競争者テストは短期的利益犠牲テストを修正・洗練させたものであり、両者は利益犠牲に着目する点で近似する基準と考えられる。すなわち、短期的利益犠牲テストでは理論上は略奪的か否かは費用によらずに判定可能であるが、外部の観察から客観的に判定するのは容易ではない。例えば、独占的な市場に新規参入があったとき、自己の利潤を守るために低価格で対抗するのは正当かつ当然であるが、それが利潤最大化とならない水準で対抗する場合(すなわち利益犠牲を伴う場合)を問題視するとして、この水準は通常は観察可能ではない。これに対し、同等効率の競争者テストによれば、費用基準により競争価格水準が認識可能となり客観的な評価が可能となる(川濱・前掲注49, 30～31頁)。もっとも、価格や費用に関する情報が入手可能であれば、利潤最大化の可否(利益犠牲の有無)も観察可能になると解される。

これら「テスト」は行為の反競争的な人為性を識別し、その不当性を客観的に捉えるべく提唱されているものであるが、他方で行為者における他の事業者の事業活動を排除する主観的な「意図」をどのように評価するかが問題となる。排除型私的独占ガイドラインでは、行為者の主観的な意図は「排除行為に該当するための不可欠の要件ではない」⁵⁶としつつ、「主観的要素としての排除する意図は、問題となる行為が排除行為であることを推認させる重要な事実となり得る」⁵⁷とし、主観的な排除の意図に証拠としての価値を見出している。また、学説も同様に「反競争的な意図は、それ自体としては私的独占の要件ではないが、例えば特定の競争者を排除しようとする意図は、そこで用いられる諸行為を排除に当たるとするための重要な事実となることがある」⁵⁸とし、主観的な排除の意図に対して行為の悪性を基礎付ける補完的要素としての位置付けを与えている。

従って、我が国の排除型私的独占規制においては、専ら、「行為」それ自体の不当性を客観的に識別・評価することが要請され、行為者の主観的な排除の「意図」の存在は、あくまで「行為」の不当性を補完する証拠として機能するに止まるものと解される。

2-3. 市場効果の要件

私的独占が成立するためには、排除または支配に該当する行為が行われたことだけでは足りず、それらの行為によって「公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことが必要とされる。

2-3-1. 「公共の利益に反して」の解釈

「公共の利益に反して」は不当な取引制限(2条6項)と共通の要件であり、これまで主として不当な取引制限の成否の文脈で議論がなされてきたが、そこでの議論は私的独占の成否においても妥当する。

学説上の有力説は、「公共の利益」とは、自由競争を基盤とする経済秩序そのものを意味するとの立場を採る⁵⁹。また、この立場によれば、排除または支配行為によって一定の取引分野における競争が実質的に制限される場合には、常に「公共の利益に反する」とされ、従って、「公共の利益に反して」という文言は訓示的・宣言的な意味合いも持つに過ぎない

⁵⁶ 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12, 第 2-1(1)。

⁵⁷ 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12, 第 2-1(1)。

⁵⁸ 根岸=舟田・前掲注 8, 80 頁。

⁵⁹ 根岸=舟田・前掲注 8, 55 頁、実方謙二『独占禁止法』(有斐閣・1987 年)182~183 頁。また、かつての公取委も愛媛県 LP ガス保安協会事件(審判審決昭 47・7・25 審決集 19 卷 40 頁)において「私的独占禁止法における公共の利益とは、同法第 1 条に掲げられた法の目的とこれを基礎とする法全体の構造から見て自由競争を基礎とする経済秩序そのものと解するのが相当」と述べ、有力説に近い立場を採っていた(但し、近時公表された排除型私的独占ガイドラインでは、この公取委の立場に変化が見受けられる(後述))。

とされる⁶⁰⁶¹。そして、この見解を支持すべきとする根拠としては、①この見解が最も独禁法の立法目的に適合していること、②私的独占禁止規定の予防的および補完的規定である企業結合を規制する第四章諸規定、ならびに不当な取引制限禁止規定の補完的規定である事業者団体の競争制限行為を禁止する 8 条 1 号には「公共の利益」の文言を欠いているので、もし他の見解を採用するならば、3 条と第四章諸規定および 8 条 1 号との間で均衡を失うこと、③他の見解を採用するならば、競争制限行為であっても「公共の利益」に反しないとして違法とならない場合が生じ、3 条の運用が骨抜きになるおそれが強いこと、④3 条違反に対しては刑罰が科せられるが、「公共の利益」に他の見解のような不明確な定義を与えることは罪刑法定主義の精神に反することなどが挙げられる⁶²。

これに対し、通説的見解は最高裁により示された立場であり、不当な取引制限にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較考量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべきであると説示した⁶³。

この最高裁の通説的見解については、以下に見るような議論があり、最高裁の説示をどのように解釈するかが問題となっている。

例えば、「自由競争秩序」と「公共の利益」の比較考量に積極的意義を見出す立場からは、「公共の利益」の判断において重要なのは、独禁法 1 条(目的規定)との関係であるとし、「同法 1 条においては、同法の究極目的は国民経済の民主的で健全な発展を図ることであり、その手段として私的独占、不当な取引制限等の競争制限を禁止する」との理解から、競争制限禁止規定は究極目的実現の手段として有用な限りにおいて実行されるべきであり、「例外的にせよ、競争制限の協定であって国民経済の民主的で健全な発展を図るために有用ないしやむを得ないものである場合には、これを許容することもありうる」と説明される⁶⁴。

⁶⁰ 根岸哲「独占禁止法と『公共の利益』」ジュリスト 566 号、55 頁。

⁶¹ なお、「公共の利益に反して」を訓示的・宣言的意味合いを持つに過ぎないと捉えた場合、法文上「公共の利益に反して」の文言が付されたことの意義が問題となるが、これについては「排除・支配行為または共同行為があれば原則として違法となるが、形式的にそれらの行為手段に該当すればすべてが直ちに三条違反となるのではなく、三条違反となるのは「公共の利益」に反する行為、すなわち自由競争経済秩序の維持という観点から実質的に評価して非難に値する行為に基づく場合においてのみである」とし、『公共の利益』は、私的独占または不当な取引制限の手段行為に対する評価要素として、その存在意義を有している」と説明される(根岸=舟田・前掲注 8、57 頁)。従って、このような理解に立てば、「公共の利益に反して」とは行為の不当性・人為性と同義と解される。

⁶² 根岸=舟田・前掲注 8、56 頁。

⁶³ 石油価格協定刑事事件最高裁判決・前掲注 27。

⁶⁴ 松下満雄『経済法概説〔第 5 版〕』(有斐閣・2011 年)56 頁。なお、松下教授は、石油価格協定刑事事件最高裁判決にいう「独禁法の究極目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合」の「例外」に関し、「どのようなものが例外に該当するのかについては・・・(中略)、社会的に正当な行為、製品衛生、風俗、環境維持のために必要な行為等が当面考えられる」とする(松下満雄「石油製品価格協定事件(最高裁昭和 59 年 2 月 24 日判決)の検討(下)」NBL303 号(1984 年)27 頁)。

他方、このような比較考量論に対して有力説を唱える立場からは、「解釈に恣意性を持ち込み、法的安定性を害する」⁶⁵といった批判がなされ、或いは「生産上の効率性達成といった事業活動上の合理性はもとより、環境上の考慮であれ、安全上の考慮であれ、全く競争政策と無関係に正当化理由として考慮の対象になると考えるべきではない。独占禁止法は経済の基本法であって、市場支配力の規制という一貫した固有の法目的を持つ」とし、「(環境や安全といった)価値観と競争政策とを裁量的に比較衡量することが許容されるわけではない」といった反論が呈示されている⁶⁶。

このように「公共の利益に反して」の解釈を巡って見解の対立が見られるが、通説的見解の理論的基礎を提供した石油価格協定刑事事件最高裁判決においても比較衡量ないし利益衡量の在り方に関して具体的な手法が呈示されるには至っておらず、また、利益衡量といっても利益・不利益を数値化することは困難であり⁶⁷、従って、実際には質的・定性的比較となり、実務的には「当該行為が競争制限的な目的・効果をもつとの証拠と、一般消費者の利益になるという目的・効果をもつ証拠との有無、優劣で決まってくる」⁶⁸と解される。そして、「公共の利益の要件(ないしは競争の実質的制限の要件)をめぐる利益の衡量といわれる問題は、実は競争の実質的制限の要件該当事実の有無、したがってその証拠を提出できるかどうかの問題」⁶⁹であって、必要なのは「価値の序列・基準を設定したり正当化事由となる場合を明らかにすることではなく、立証のルール形成」⁷⁰であると解され、「公共の利益」とされる環境や安全等の考慮事項は、競争を構成する諸要素として「競争の実質的制限」の要件該当性の議論の内に包摂すべきものと思料される⁷¹。

近時、公取委は排除型私的独占ガイドラインにおいて「問題となる行為が、安全、健康、その他の正当な理由に基づき、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するものである場合には、例外的に、競争の実質的制限の判断に際してこのような事情が考慮されることがある」として最高裁の説示を踏まえつつ、「競争の実質的制限」の要件該当性の判断の中で「公共の利益」を考慮するとの立場を示した⁷²。

また、近時の学説においては「公共の利益」を「正当化理由」として「競争の実質的制

⁶⁵ 今村成和『私的独占禁止法の研究(五)』(有斐閣・1985年)99頁。また、今村教授は公益要件の解釈によって「例外」を認めることは「御都合主義的な解釈への途を開く以外の何ものでもない」として松下教授の「例外」を容認する説(前掲注 64 後段)を厳しく批判する(同・99頁)。

⁶⁶ 武田邦宣『合併規制と効率性の抗弁』(多賀出版・2001年)247頁。

⁶⁷ 実際の審判・訴訟の場において法益の比較衡量は行われていないとの指摘があり、実務的には法の解釈・適用等の困難な問題を、まず前提となる事実ないし証拠の有無の問題として処理する傾向にあるとされる(平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』(商事法務・2005年)64～65頁)。

⁶⁸ 平林・前掲注 67, 64頁。

⁶⁹ 平林・前掲注 67, 64頁。

⁷⁰ 平林・前掲注 67, 64頁。

⁷¹ 金井貴嗣『独占禁止法〔第二版〕』(青林書院・2006年)59頁。

⁷² 排除型私的独占ガイドラインは「独占禁止法第1条に記載された公正かつ自由な競争を促進し、もって、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するという目的から首肯され得るような特段の事情がある場合には、当該行為が『競争を実質的に制限すること』という要件に該当しないこともあり得る」とも述べ、その根拠として石油価格協定刑事事件最高裁判決(前掲注 27)を参照する(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12 第3-2(2)オ)。

限」に読み込み、『競争の実質的制限』＝『反競争性あり＋正当化理由なし』という解釈を与える立場があり⁷³、この定式も「公共の利益」を競争の内的構成要素として「競争の実質的制限」の成否を判断する材料として位置付けるものと解される(以下、このような近時の学説と公取委の立場を「近時の通説」という)。

通説的見解は最高裁によって示された立場であり、その意義と重要性に鑑みれば「公共の利益」の解釈が争われる事案においては最高裁のいう「例外的な場合」の存否を審査することが求められ、そして実際に、「公共の利益」の解釈を争点とする事案の判審決においてはこの点に関する審査がなされてきた⁷⁴。

しかしながら、今日に至るまで利益衡量により「例外的な場合」の存在を認めて競争の実質的制限に関する違法性が阻却された事案は無く⁷⁵、通説的見解の立場から利益衡量によって主張・立証することの難しさをうかがわせる⁷⁶。

従って、通説的見解は「公共の利益」の解釈と判断に際して事案の状況をより広範な視角からアプローチするよう求めるものであり、法理論としては妥当と解されるが、他方で「公正且つ自由な競争の促進」を直接の法目的とする独禁法に、安易に異なる価値との比較を持ち込むことは慎重であるべきであり⁷⁷、また、把握・認識困難な究極目的としての「一般消費者の利益」を証拠として立証ルールの上俵に乗せることは必ずしも現実的とはいえないとの理解から⁷⁸、「公共の利益」の解釈と判断に際しては、有力説、若しくは「公共の

⁷³ 白石忠志『独禁法講義〔第3版〕』(有斐閣・2005年)59頁、和田健夫「日本における社会的規制と競争政策」日本経済法学会編『社会的規制と競争政策』日本経済法学会年報 第21号(有斐閣・2000年)31～34頁。

⁷⁴ 石油価格協定刑事事件最高裁判決(昭和59年2月24日)以降に「公共の利益」を巡って「競争の実質的制限」の成否が争われた判審決としては、旭鉦末審決取消請求事件東京高裁判決(東京高判昭61・6・13行集37巻6号765頁)、日本遊戯銃協同組合事件東京地裁判決(東京地判平9・4・9 審決集44巻635頁)、および、水道メーター入札談合刑事事件最高裁決定(最決平12・9・25 審決集49巻829頁)がある。

⁷⁵ 前掲注74において「公共の利益」を巡って「競争の実質的制限」の成否が争われた判審決は、何れの事案も「例外的な場合」にはあらず、「公共の利益に反して」違法であるとされた。なお、不公正な取引方法の公正競争阻害性に公益性等を考慮することの是非については後述。

⁷⁶ ここでは専ら不当な取引制限の文脈で「公共の利益」による違法性阻却の成否を論じているが、私的独占の排除において、「自由競争経済秩序の維持という法益を侵害し、なおかつ別個の法益の保護が、それを正当化する場合とはどのような場合であろうか」という想定問題に対して、「自由競争経済秩序とは異なった利益のために排除が正当化される例外的事情は不当な取引制限の場合以上に少なそうである」との見方がある(参照 根岸編〔川濱執筆〕・前掲注3, 73～74頁)。

⁷⁷ 米国においては合理の原則を適用するにあたって、行為が競争促進的か競争制限的かについてのみ審査され、安全・品質といった社会的価値と競争とを比較衡量すること(すなわち、競争それ自体を不合理とするような意味で合理の原則を適用すること)は連邦最高裁判決により否定されている(National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978))。また、EUにおいては加盟国法に基づいて排他的権利を付与された公益サービス事業者に対する条約適用除外規定としてEU機能条約106条2項が存在するが、その適用は限定的であり、balancingを図るような判断基準は採用されていないとされる(青柳由香「公共サービスに対するEU競争法の適用と限界 一般的経済利益を有するサービスとEU機能条約106条2項を題材に」日本経済法学会編『企業結合規制の新たな課題』日本経済法学会年報 第33号(有斐閣・2012年)127頁～135頁)。

⁷⁸ 従って、前述の松下教授の「公共の利益」と独禁法の法目的とを整合的に捉えようとする立場(前掲注64)は法理論的には魅力的ではあるが、直接目的である競争秩序維持に関する証拠と究極目的である一般消費者の利益に関する証拠とを比較した場合、証拠としての具体性・有効性において後者が前者に勝ることは想定し難いため、実務的観点から同教授の比較衡量理論は消極に解されよう。なお、石油価格協定刑事事件東京高裁判決(東京高判昭55・9・26 高判33巻5号511頁)では、カルテルによって守られ

利益」を競争の内的構成要素として捉える近時の通説を参照すべきと解される。

2-3-2. 私的独占における「一定の取引分野」

排除型私的独占ガイドラインによれば、一定の取引分野とは「排除行為によって競争の実質的制限がもたらされる範囲をいい、その成立する範囲は、具体的な行為や取引の対象・地域・態様等に応じて相対的に決定されるべきもの」⁷⁹とある。ここに言う「競争の実質的制限がもたらされる範囲」の外延は、「当該行為の競争制限効果を打ち消す有効な競争が行われているところで止まる」⁸⁰と解され、従って、「一定の取引分野」は、「当該行為の影響の及ぶ外部からの競争からある程度独立した競争の範囲」⁸¹と定位される。

他方、同ガイドラインによれば、一定の取引分野の画定に際しては、「必要に応じて、需要者(又は供給者)にとって取引対象商品と代替性のある商品の範囲又は地理的範囲がどの程度広いものであるかとの観点を考慮する」⁸²とある。この画定方法は、企業結合ガイドライン⁸³で示されている市場画定方法と同じであり、いわゆる SSNIP 基準を採用したものである。SSNIP 基準とは米国や EU でも採用されている市場画定方法であり⁸⁴、支配的企業が「小幅だが実質的かつ一時的ではない価格引上げ(Small but Significant and Non-transitory Increase in Price)」を行ったときに利益を上げられるか否かで市場の外延を画する手法である⁸⁵。基本的には需要者にとっての代替性という観点から判断され⁸⁶、必要に応じて、供給者にとっての代替性という観点も考慮される⁸⁷。

る利益について証拠上認められなかったため、具体的な利益衡量を行うには至らなかった。

⁷⁹ 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12, 第 3-1(1)。

⁸⁰ 厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』〔向田直範執筆部分〕(弘文堂・1997 年)51 頁。

⁸¹ 実方謙二『改訂 独占禁止法入門』(青林書院・1986 年)67 頁。

⁸² 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12, 第 3-1(1)。

⁸³ 正式名称は「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」公正取引委員会 平成 19 年 3 月 28 日(以下、本文に記載の表記と同様に「企業結合ガイドライン」という)。

⁸⁴ 米国では 1982 年に改正された司法省の合併ガイドラインで採用され(U.S. Department of Justice, Merger Guidelines)、EU では 1997 年の「共同体競争法の関連市場画定に関する告知」で採用された(Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law (97/C 372/03))。

⁸⁵ SSNIP 基準は「仮定的独占者基準」とも称され、「小幅だが実質的かつ一時的ではない価格引上げ」が利益をもたらす「最小の」商品役務ないし地域の集合をもって関連市場とみなす考え方である。なお、「小幅だが実質的かつ一時的ではない価格引上げ」は、通常、1 年間の 5~10%の値上げが一応の目安とされる(川濱昇ほか著『企業結合ガイドラインの解説と分析』〔宮井雅明執筆部分〕(商事法務・2008 年)68~69 頁)。

⁸⁶ 企業結合ガイドラインによれば「需要者にとっての代替性をみるに当たっては、ある地域において、ある事業者が、ある商品を独占して供給しているという仮定の下で、当該独占事業者が、利潤最大化を図る目的で、小幅ではあるが、実質的かつ一時的ではない価格引上げをした場合に、当該商品及び地域について、需要者が当該商品の購入を他の商品または地域に振り替える程度を考慮する」とされ(企業結合ガイドライン・前掲注 83, 第 2-1)、このとき、他の商品又は地域への振り替えが生起する限り当該独占事業者は価格引上げにより利潤を上げることはできないが、振り替えが生起しなくなる境界を外延として、当該独占事業者は価格引上げにより利潤を拡大できるようになるため、その商品又は地域的範囲の外延が当該独占事業者の影響の及ぶ「一定の取引分野」として画定される。

⁸⁷ 企業結合ガイドラインによれば「供給者にとっての代替性については、当該商品及び地域について、小幅ではあるが、実質的かつ一時的ではない価格引上げがあった場合に、他の供給者が、多大な追加的費

もつとも、SSNIP 基準は米国や EU においては概念的にも実務的にも「基準」として定着しつつあるが⁸⁸、我が国においては「基準」というよりは「指針」として意識されるにとどまるとの指摘があり⁸⁹、基準としての正確性や信頼性について疑問視する声もある⁹⁰。また、SSNIP 基準は行為の性格とは無関係に定量的概念として「一定の取引分野」を画定することが可能であるが、「排除行為によって競争の実質的な制限がもたらされる範囲」が問題とされる限り、行為の性格を考慮せずに「一定の取引分野」の画定判断を行うことには異論があり得よう⁹¹⁹²。

従って、一定の取引分野(関連市場)の画定に関しては、国際基準としての SSNIP 基準を参照する方向性が示されてはいるものの、運用面における不安定さや理論的不整合の懸念を内包する状況を踏まえ、実務的には「当該行為がいかなる範囲の競争に影響を及ぼすものであるか判断することによって、個別具体的に、かつ、相対的に画定される」⁹³という従来のアドホック的なアプローチ⁹⁴が原則的に採用され、SSNIP 基準は適合可能な限りにおいて画定作業を補完するという二者併存の姿が志向されるべきと思料される⁹⁵⁹⁶。

用やリスクを負うことなく、短期間(1 年以内を目処)のうちに、別の商品又は地域から当該商品に製造・販売を転換する可能性の程度を考慮する」とされ(企業結合ガイドライン・前掲注 83, 第 2・1)、このとき、転換が可能である限り当該独占事業者は価格引上げにより利潤を上げることはできないが、転換が困難になる境界を外延として、当該独占事業者が価格引上げにより利潤を拡大できるようになるため、その商品又は地域的範囲の外延が当該独占事業者の影響の及ぶ「一定の取引分野」として画定される。

⁸⁸ 例えば、米国における病院の合併事案において、SSNIP により 5%の価格上昇を行うと 7%以上の患者が他の病院にスイッチするとのデータが示され、地理的市場の画定に際して当該データが採用された(FTC v. Tenet Health Care Corp., 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1999))。

⁸⁹ 川濱ほか〔宮井執筆〕・前掲注 85, 73 頁。

⁹⁰ SSNIP 基準を支える資料は過去の値上がり時のデータや需要者へのアンケート調査であり、それらが孕む正確性や信頼性の問題を解決していないこと等が指摘される(白石・前掲注 5, 42~44 頁)。

⁹¹ 「排除行為が実効性をもっていたことはそれ自身市場支配力の行使の重要な証拠なのであり、排除行為の影響が及ぶ範囲と一定の取引分野が無関係とはいえない」と解され(平林英勝「NTT 東日本による FTTH サービスの私的独占事件審決の検討」判例タイムズ 1246 号(2007 年)85 頁)、従って、「一定の取引分野」とは「問題の行為によって競争が悪影響を受ける可能性のある取引の場」とであると解される(川濱ほか〔宮井執筆〕・前掲注 85, 97 頁)。

⁹² 不当な取引制限の事案であるが、裁判所においても「2 条 6 項にいう一定の取引分野とは競争を実質的に制限する行為が及ぼす影響の範囲に関係づけて認識されるべき業種上及び地域上の一定範囲の市場を意味すると解される」(旭鉦末審決取消請求事件 東京高判昭 61・6・13 行集 37 巻 6 号 765 頁)との立場が示され、或いは、「取引の対象・地域・態様等に応じて、違反者のした共同行為が対象としている取引及びそれにより影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定して『一定の取引分野』を決定するのが相当である」(シール談合刑事事件 東京高判平成 5・12・14 高刑集 46 巻 3 号 322 頁)とされ、行為の及ぼす影響に応じて「動的」に市場を画定すべきことが説かれている。

⁹³ 根岸=舟田・前掲注 8, 47 頁。或いは、「一定の取引分野は、問題の行為が市場支配力の形成・維持・強化をもたらすと想定されるストーリーに即して、相対的に画定される」と言い得よう(川濱ほか〔宮井執筆〕・前掲注 85, 98 頁)。

⁹⁴ 従来の市場画定作業は、製品の機能・効用の同一性を手掛かりに多様な要素を考慮して行われたため「アドホックな分りにくいものであった」と評価され、その反省ないし欠点を補うべく採用されたのが仮定的独占者基準であり SSNIP 基準であるとされる(根岸編〔川濱執筆〕・前掲注 52, 62 頁)。この点に関しては、「私的独占においても市場を画定するのは市場支配力の識別にあるとするならば、合併規制と同様の分析により市場を画定することが必要」として SSNIP 基準に一定の評価を与えつつも、「私的独占が事後規制であることにかんがみると、もっぱら経済学的分析に依存することに危惧を覚えないでもない」として SSNIP 基準といった経済学的分析手法の採用に慎重な姿勢を示す立場がある(平林・前掲注 91, 84~85 頁)。

⁹⁵ 排除型私的独占ガイドラインにおいても、商品の範囲の画定において「需要者にとっての商品の代替性

2-3-3. 私的独占における「競争の実質的制限」

初期のパイオニア的判決によれば、競争の実質的制限とは「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態」とされ⁹⁷、近時の私的独占に関する最高裁判決によれば、競争の実質的制限とは「市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていた」状態とされる⁹⁸。

また、学説上の通説によれば、競争の実質的制限とは「市場支配力の形成・維持・強化」であるとし⁹⁹、ここにいう「市場支配力」とは、「典型的には市場における価格その他の取引条件を支配する力」と説明され¹⁰⁰、この理解において学説上の通説と判例の「競争の実質的制限」に対する解釈は一致する。他方、学説上の有力説においては「市場支配力」とは「市場の開放性を妨げる力」、すなわち、既存の事業者を市場から排除し、或いは新規参入を阻止することで市場の開放性を妨げる力をも含むとの見解が示されており¹⁰¹、通説の意味における市場支配を「統合型市場支配」¹⁰²、有力説のそれを「閉鎖型市場支配」¹⁰³として両者を区別する¹⁰⁴。

市場支配力の概念に「閉鎖型市場支配」を含めるならば、排除行為が行われる場合は、排除行為それ自体が、他の事業者を排除する力としての市場支配力の存在とその維持・強

の程度は、当該商品の効用等の同種性の程度と一致することが多く、商品の範囲は当該商品の効用等の同種性の程度により判断できることが多い」とされ、また、地理的範囲の画定においても「商品の代替性については、需要者及び供給者の行動や商品の輸送に係る問題の有無等から判断できることが多い」とされていることから、実務的には SSNIP 基準に依拠することなく市場画定の判断を行う得ることが示唆される(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 12, 第 3-1(2)および(3))。

⁹⁶ 市場画定や合併シミュレーションに経済分析を多用する米国においても、経済分析を行うには膨大なデータを必要とすることが問題として認識されており、また、データが不足する場合にはある種の仮説構築が必要となり、この場合、シミュレーションの精度は仮説の適切性に依存するため、仮説構築には高度の現実性が要求されるという問題を抱えている(越智保見『日米欧独占禁止法』(商事法務・2005 年)775～780 頁)。

⁹⁷ 東宝・スバル事件(東京高判昭 26・9・19 審決集 3 卷 196 頁)。

⁹⁸ NTT 東日本事件最高裁判決(最判平 22・12・17 民集 64 卷 8 号 2067 頁)。なお、不当な取引制限に関する近時の最高裁判決によれば、競争の実質的制限とは「その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいう」とした(多摩談合(新井組)審決取消請求事件最高裁判決(最判平 24・2・20 民集 66 卷 2 号 796 頁))。

⁹⁹ 金井=川濱ほか・前掲注 31, 175 頁。

¹⁰⁰ 根岸=舟田・前掲注 8, 48 頁。

¹⁰¹ 今村成和『独占禁止法入門〔第 3 版〕』(有斐閣・1992 年)15 頁、金井貴嗣『独占禁止法〔第 2 版〕』(青林書院・2006 年)25 頁。

¹⁰² 例えば、東洋製罐事件(前掲注 36)、パラマウント事件(勧告審決平 10・3・31 審決集 44 卷 362 頁)などがこれに該当する。

¹⁰³ 例えば、北海道新聞事件(同意審決平 12・2・28 審決集 46 卷 144 頁)、パチンコ機製造特許プール事件(前掲注 36)などがこれに該当する。

¹⁰⁴ 稗貫俊文「私的独占の総括的検討」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報 第 28 号(有斐閣・2007 年)12 頁。

化を示すものと言い得ることから¹⁰⁵、「競争の実質的制限」という市場効果要件の認定が容易になり¹⁰⁶、私的独占規制の実効力が高まるとされる¹⁰⁷。

これに対し、「私的独占が典型的に非難してきたのは事業者が排除されることそれ自体ではなく、それにより競争水準を超える価格設定等が可能になるということについてであり、他の事業者を排除する力の形成・維持・強化だけでは競争の実質的制限を認めるには不十分である」との指摘がなされている¹⁰⁸¹⁰⁹。また、事業者が排除されることは競争制限効果の一つの兆候ではあるが、排除行為には正当なものと不当なものとが存在することに留意する必要がある、不当な排除行為をなし得る力が存在し、且つ、競争水準を超えた価格設定が可能になるという事態こそが私的独占の文脈で非難されるべき典型的事態であるとの理解から¹¹⁰、「排除行為をなし得る力」、すなわち閉鎖型市場支配のみでは「競争の実質的制限」の要件は満たさず、結局は、市場の価格その他の取引条件を支配する力の形成・維持・強化に帰着するとの見方が呈示され¹¹¹、「閉鎖型市場支配」を認める立場に対して異論がある。

このように、競争の実質的制限の解釈に関して「統合型市場支配」の立場と「閉鎖型市場支配」の立場が相対立する中で、両者を折衷的に接続する動きが見られる。すなわち、実効的な排除行為の存在を根拠として価格支配力が形成・維持・強化されるであろうことを推定する「折衷的推定説」であり¹¹²、終局的には「統合型市場支配」の立場を採りつつも、排除行為の存在それ自体を競争の実質的制限を認定するための一つの有力な証拠と位

¹⁰⁵ 稗貫教授によれば「実効的な排除行為が行われれば、それだけで競争の実質的制限が発生していると評価してよい」とする(稗貫・前掲注 104, 13 頁)。

¹⁰⁶ 「閉鎖型市場支配」を認める立場に立てば、排除行為が実効性を伴って行われたことそれ自体から市場支配の存在が推定されるため、排除行為と市場支配の因果関係を立証する必要はないが、「統合型市場支配」のみを認める立場に立てば、排除行為と価格支配力の形成・維持・強化との因果関係の立証が必要となる(平林・前掲注 91, 85 頁)。

¹⁰⁷ 金井=川濱ほか・前掲注 31, 176 頁。もっとも、競争者排除行為を厳しく規制し、市場の開放性を重視する「閉鎖型市場支配」を認める見解に立つ場合、競争者保護に傾斜するおそれが懸念として指摘される(平林・前掲注 91, 85 頁)。

¹⁰⁸ 金井=川濱ほか・前掲注 31, 176 頁。

¹⁰⁹ この点に関し、山田教授によれば、我が国の独禁法は競争者を排除する行為に対して、私的独占の禁止規定、若しくは不公正な取引方法の禁止規定の何れかを適用するものであるが、その適用の違いは「競争の実質的制限」の要件を満たすか否かにあるところ、競争の実質的制限の解釈に「閉鎖型市場支配」も含まれるとする場合、排除行為に対する法適用の明確性が失われること、および、平成 21 年度の法改正で排除型私的独占に課徴金が導入されたことにより、排除行為に対する上記二つの禁止規定の差異(とりわけ「競争の実質的制限」)について、要件の解釈ならびに認定の明確化が重要となっていることから排除型私的独占における市場支配力は「統合型市場支配」と観念することが適当であるとする(山田務「私的独占事案における競争の実質的制限の認定について—EU の市場支配的地位の濫用事案を参考にして」筑波法政 第 55 号(2013 年 7 月 1 日)3 頁, 7 頁)。

¹¹⁰ 川濱・前掲注 8, 347 頁。

¹¹¹ 根岸=舟田・前掲注 8, 55 頁。

¹¹² 白石教授の唱える見解であり、『競争変数が左右され得る状態』を証明するための証明準則のレベルでは、他者排除があれば『競争変数が左右され得る状態』があると推定する、ということが許されて良いのではないか。他者が排除されれば、多くの場合、『競争変数が左右され得る状態』がもたらされる。逆に言えば、そのようになるからこそ、行為者は他者を排除するのではないか、ということでもある」と述べ、このような考え方を「折衷的推定説」と称する(白石・前掲注 5, 74～75 頁)。

置付け、「統合型市場支配」に立脚する判例¹¹³と整合を保ちつつ、実質的に「閉鎖型市場支配」にも配慮する立場である。

一般に、価格支配力が強ければ行為の実効性(すなわち、相手方事業者を市場から排除する確度)は高まり、行為の実効性が高ければそれだけ価格支配力が強まるとの推定が働き¹¹⁴、通常、両者の間には強い相関が認められる。近時、NTT 東日本事件審判審決において、公取委は、市場シェアの高い事業者により排除行為が行われれば、経験則により統合型市場支配の存在が推定されるとの見方を提示し、上記「折衷的推定説」に近い立場を示した¹¹⁵¹¹⁶。

従って、排除行為が実効性を伴って行われたと認められる場合には、当該排除行為の存在それ自体がまさに取引先等に対して取引上の抑圧的な力を有していることを基礎付ける証拠であり、ひいては価格支配力の維持・強化をもたらすとの合理的推定を与える有力な証拠として位置付けられることから、排除行為の存在をもって経験則により競争の実質的制限を推定する「折衷的推定説」の規制アプローチには実践的な活用可能性を見出し得るように思われる¹¹⁷¹¹⁸。

もっとも、「折衷的推定説」も反論・反証を排除するものではなく¹¹⁹、排除行為による推定はあくまで経験則上の推定であり、反論・反証に対しては別途統合型市場支配の観点から、他の判断要素に基づいて競争の実質的制限を認定する必要がある、折衷的推定説に依

¹¹³ 近時の私的独占に関する NTT 東日本事件最高裁判決(前掲注 98)では、排除行為と競争制限状態の因果関係について言及しつつ価格支配力の維持・強化を推認していると思われ、同様に、近時の不当な取引制限に関する多摩談合(新井組)事件最高裁判決(前掲注 98)でも、価格支配力の存在を認定していることから、競争の実質的制限の解釈に関する判例の立場は「統合型市場支配」にあると解される。

¹¹⁴ 参照 伊従寛＝矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』〔平林英勝執筆部分〕(青林書院・2000 年)74 頁。

¹¹⁵ NTT 東日本事件審判審決(平 19・3・26 審決集 53 巻 776 頁)において、審判官は「独占・寡占市場において新規参入が人為的に妨げられていれば、既存事業者にとっては、更なる価格引下げ、サービス内容の充実、事業の効率化などの企業努力をする必要性が小さいことが容易に分かる」との一般論を述べ、排除行為が実効性を伴って行われれば必然的に価格支配力が強まるとの認識を示し、終局的には統合型市場支配の立場を採りつつも、その立論過程において閉鎖型市場支配の考え方を読み込み、折衷的推定説に整合的な立場を示した(同 理由 第 4・3・(3)ア)。なお、本審決について同様の見方をするものとして、平林・前掲注 91, 86 頁を参照。

¹¹⁶ また、NTT 東日本事件最高裁判決の調査官解説において、一般論として、「他者排除事案においては、経験則上、通常であれば競争の実質的制限の状態が生じているものと推認することが許されよう」との見方が示され、「特に、市場シェアが高い行為者が競業者排除を行った場合には、このように事実上の推定をすることにはより合理性が高いと考えられる」とし、他者排除の事案に対して折衷的推定説を適用することが肯定的に述べられている(岡田幸人「最高裁判所判例解説」法曹時報第 64 巻 11 号(2012 年 11 月)3180～3181 頁)。

¹¹⁷ 「統合型市場支配」に収斂させる場合、排除行為と価格支配力の形成・維持・強化との因果関係を立証することが必要となり立証負担が過剰との指摘(稗貫・前掲注 104, 13 頁、平林・前掲注 91, 85 頁)があり、この点を考慮すれば公取委や裁判所が審査実務において「折衷的推定説」を採ることに現実的な有益性を見出せよう。

¹¹⁸ 日本の公正取引委員会は米国の当局に比べて消極過誤(不当な行為を違法としない誤り)のリスクに敏感な姿勢を示しているとの指摘があり(滝川・前掲注 46, 25 頁)、そうであるならば、より積極的な法適用を行う必要から「折衷的推定説」を競争の実質的制限の十分条件としてもよいと解される。

¹¹⁹ 正当な競争の結果として他者排除が生ずることもあり、「折衷的推定説」を主唱する白石教授も「もちろん、行為者の側からその推定を覆す証明活動をすることは許される」とする(白石・前掲注 5, 74～75 頁)。

拠した場合、排除行為の存在のみで違法認定が完結しないという問題がある¹²⁰。

この点を考慮すれば、排除行為の存在それ自体を競争の実質的制限を認定する上での有力な証拠とすることに異論は無いものの、これのみでは証拠として不十分であり、あくまで統合型市場支配の立場が要求する価格等の取引条件を支配している状況(すなわち、価格支配力の存在)¹²¹を示す証拠を収集し、これら証拠から排除行為と価格支配力の維持・強化の因果関係を認定する必要があるものとする。

《小括》

以上の検討から、私的独占(排除型私的独占)の違法要件に関する解釈は、以下のように構成し得ると解される。

- ①：「競争の実質的制限」の解釈に関しては、近時、実効的な排除行為の存在を証拠として、経験則により競争の実質的制限を推定する「折衷的推定説」が唱えられ、これに実践的な活用可能性が見出されるが、反論・反証に耐えるには別途統合型市場支配の観点から価格等の取引条件を支配している状況を示す証拠が必要であり、実務的には「統合型市場支配」に基づいた「競争の実質的制限」の認定が求められる。
- ②：他方、「排除行為」の解釈に関し、排除には「正当なもの」と「不当なもの」とが存在し、独禁法が規制すべき排除とは、「あるべき競争」を「能率競争」と定位するならば、「能率によらない排除」が不当な排除と観念される。
- ③：ここで、排除の不当性を客観的に識別する必要がある、識別テストとしては「不当なライバル費用引上げテスト」、「ライバル費用引上げテスト」、「短期的利益犠牲テスト」、および「同等効率的競争者テスト」等が選択可能である。また、排除の主観的な「意図」は行為の不当性を補完する要素として考慮される。
- ④：これら「テスト」により明らかにされるのは「能率によらない排除」が含意する行為の反競争性であり、「能率競争」すなわち「競争過程」に対する加害行為としての排除行為の存在が把握可能な形で識別される。

¹²⁰ 参照 山田・前掲注 109, 10 頁。

¹²¹ 統合型の価格市場支配力を認定するための判断要素としては、市場成果に係る「直接的な判断要素」と市場ないし商品・役務等に係る「間接的な判断要素」があり、従来の実務では、行為者の市場シェアや参入障壁の状況、需要者の対抗力といった「間接的な判断要素」に基づき当該支配力の認定が為されてきたとし、「直接的な判断要素」はデータの入手困難性等から「間接的な判断要素」による推認を補完するものとして利用されてきたとされる(参照 山田・前掲注 109, 8 頁～9 頁)。

⑤：従って、「競争過程」という経済秩序を私的独占規制の保護法益と捉えるならば、これら「テスト」を手掛かりとして法益を実現すること(ないし法益を侵害する排除行為を除去すること)の可能性が見出される。

⑥：他方、独禁法の法目的をどのように捉えるかについては諸説あるが、実務的には実現すべき法益(ないし除去すべき法益侵害)を把握可能な形で識別することが必要であり、従って、直接目的として定位すべきは「公正且つ自由な競争」が含意する「競争過程」の保護と捉えることが妥当と解される。なお、安全の確保等の競争とは異なる公益性については、一般消費者の利益確保を究極的な目的とする上記の「能率競争」の概念に内在させて評価すべきものと考えられる。

第3節 不公正な取引方法の違法要件

独禁法2条9項が規定する不公正な取引方法の禁止は、一般に、私的独占の禁止、および不当な取引制限の禁止に対する補完的・予防的規定として位置付けられ、その規制根拠は「公正な競争を阻害するおそれ」すなわち公正競争阻害性に求められる¹²²。近時、平成21年改正法の施行に伴い、不公正な取引方法規制の「再検討」が盛んであるが¹²³、以下では違法性判断基準に関係する公正競争阻害性についての概念と、法文言上の「おそれ」の解釈について論及する。

3-1. 公正競争阻害性

公正競争阻害性をどのように捉えるかについては諸説唱えられているが、主要な見解として下記三説が参照される。

¹²² 平成21年改正法により、2条9項の体裁は大きく変更された。同条同項1号から5号まで(共同の取引拒絶、差別対価、不当廉売、再販売価格拘束、および優越的地位の濫用)は法定の不公正な取引方法として課徴金納付命令の対象となる行為類型(法定行為類型)として掲げられ、同6号の「公正な競争を阻害するもののうち公取委が指定するもの」を受けて規定される一般指定1項乃至15項は、従来通り課徴金納付命令の対象ではなく、排除措置命令にとどまる不公正な取引方法として再定義された。なお、法定行為類型については法文上「公正な競争を阻害するおそれ」ではなく「正当な理由がないのに」或いは「不当に」の文言が付されているが、学説上は何れも「公正競争阻害性」と同義であると解されており、不公正な取引方法に該当する行為の共通要件として公正競争阻害性が妥当する(金井＝川濱ほか・前掲注31, 245頁)。

¹²³ 「再検討」が必要とされる理由として、私的独占の規制が活発になってきたこと、及びそれに伴い私的独占違反に対するサンクションが強化され(課徴金納付命令の対象となったため)、私的独占と不公正な取引方法の振り分けが喫緊の課題となったことが指摘される(金井貴嗣「不公正な取引方法をめぐる諸課題」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第30号(有斐閣・2009年)1頁)。

＜第1説(今村説)＞

今村教授により提唱された見解であり、公正競争阻害性とは、i)市場参入の自由と市場における競争の自由が妨げられ、ii)その競争が良品廉価な商品又は役務の提供による能率競争を本位とするものではない状態であると観念され、i)は「自由な競争の減殺」に、ii)は「競争手段の不公正さ」に不当性を求める立場である¹²⁴。

＜第2説(正田説)＞

正田教授により提唱された見解であり、公正競争阻害性とは、競争参加者が自主的な判断に従って事業活動を行うことが妨げられ、且つ、製品の価格・品質などをめぐって行われる能率競争を前提とした自由な競争秩序が妨げられている状態であると観念され、その考え方の基礎にあるのは、取引主体の競争機能を制限するような支配従属関係における「力の濫用」を不当と捉える立場である¹²⁵。

＜第3説(独禁研説)＞

独占禁止法研究会(会長は金澤義雄教授(当時))によって提示された見解であり、第1説と第2説を折衷的に統合しつつ新たな視座を付加した立場である。すなわち、「公正な競争」とは、①事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと及び事業者がその競争に参加することが妨げられていないこと(自由な競争の確保)、②自由な競争が価格・品質・サービスを中心とした能率競争であることにより、自由な競争が秩序づけられていること(競争手段の公正さの確保)、および③取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという、自由な競争の基盤が保持されていること(自由競争基盤の確保)の3つの条件が保たれていることをもって公正な競争秩序と観念し、このような競争秩序に対して悪影響を及ぼすおそれがあることをもって公正競争阻害性と捉える立場である¹²⁶¹²⁷。また、③自由競争基盤の確保は①自由な競争の確保および②競争手段の公正さの確保を可能ならしめる前提条件とされる。

これら3つの見解のうち、今日の学説上および実務上通説として支持されているのは第3説であり¹²⁸、公取委実務の理論的基礎としても受け容れられている¹²⁹。

¹²⁴ 今村・前掲注 101, 116 頁。

¹²⁵ 正田・前掲注 26, 308～309 頁。

¹²⁶ 公正取引委員会事務局編「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」『経済力の濫用と独占禁止政策』(大蔵省印刷局・1984年)331頁。

¹²⁷ 従来、優越的地位の濫用規定の位置付けに関し、正田説が同規定を不公正な取引方法の中心的規定であると位置付けるのに対し、今村説は同規定を競争と直接的な関係が無いため不公正な取引方法の中で理論的説明が困難であるとし、学説上の対立が見られたが、独禁研説が、①「自由な競争の確保」、②「競争手段の公正さの確保」、③「自由競争基盤の確保」をもって公正な競争秩序と観念したことにより、今村説(①②と同旨)と正田説(③と同旨)が折衷的に統合され対立の収束が図られた(参照 根岸＝舟田・前掲注 8, 204 頁)。

¹²⁸ 第3説は旧法一般指定 14 項(優越的地位の濫用)の公正競争阻害性を説明する上で、「自由競争基盤の確保」という前提条件として括り出すことを可能ならしめる点に優位性が認められた。すなわち、第1説

なお、本稿との関係で重要なのは、単独・直接の取引拒絶という競争者排除行為における公正競争阻害性の捉え方であり、上記においては第 1 説、或いは第 3 説①にいう「自由な競争の減殺」の解釈が問題となる。学説によれば、「自由な競争の減殺」は「いわば競争の実質的制限を萌芽的に捉えたもの」と説明され¹³⁰、「市場支配力より低いレベルの力、またはその前段階の力を形成する場合や、市場支配力の維持・強化の程度が競争の実質的制限のレベルに達する以前の段階で捉えようとするもの」と解され¹³¹、ここに不公正な取引方法が私的独占の補完的・予防的規制と位置付けられる論拠が見出せる。

また、上記の見方に従えば、特定の行為が、形態上、私的独占にも不公正な取引方法にも該当する場合、何れの規定を適用するかは競争に及ぼす影響の「程度の違い」から判断されることになるが、「競争の実質的制限」と「公正競争阻害性」とを峻別する分水嶺をどこに見出すかが問題となる。

公取委が示した「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針(以下、「流通・取引慣行ガイドライン」という)」¹³²によれば、「市場における有力な事業者」¹³³の行為によって、「競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見出すことができなくなる」場合¹³⁴、或いは、「新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保することができなくなるおそれがある」場合¹³⁵に公正競争阻害性が認められるとする。ここで同ガイドラインが着目しているのは「競争者」への影響であり、「事業者の通常の事業活動が困難となるおそれがある場合には、当該行為は不公正な取引方法に該当し、違法となる」との見方を呈示する(もともと、前提的認識として「市場における有力な事業者」が市場に

では優越的地位の濫用は競争秩序に直接の影響を与えるものではないとされたため、公正競争阻害性の中での確に説明することが困難であるとされ、他方、第 2 説では優越的地位の濫用を公正競争阻害性の中に取り込むことは可能であるが、この場合、排他条件付取引や再販売価格拘束などについて別途抑圧性が必要となるかのごとき理解となり不都合とされた(山部俊文「公正競争阻害性・再論」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号(有斐閣・2009 年)23～24 頁)。

¹²⁹ 優越的地位の濫用が争われたローソン事件(勧告審決 平 10・7・30 審決集 45 卷 136 頁)の担当官解説において、「優越的地位の濫用は、市場における競争を直接に侵害するものではないが、取引上の地位が優越している業者が、その地位を利用して相手方に不当な不利益を与えることにより、取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われるという自由な競争の基盤を侵害する点に公正競争阻害性があると考えられる」とあり、第 3 説にいう「自由競争基盤の確保」が意識されていることがうかがえる(渡邊静二＝岩淵権「株式会社ローソンによる独占禁止法違反事件について」公正取引 576 号 91 頁)。

¹³⁰ 金井＝川濱ほか・前掲注 31, 249～250 頁。

¹³¹ 金井＝川濱ほか・前掲注 31, 250 頁。また、不公正な取引方法(すなわち公正競争阻害性)における「自由競争の減殺」と私的独占における「競争の実質的制限」は、同内容ないし同質の反競争性であり、「自由競争の減殺」と「競争の実質的制限」の差異は、同一平面上の程度の違い、すなわち、反競争性のレベルが前者は低く、後者は高いという形での説明もなされている(山部・前掲注 128, 24 頁)。

¹³² 平成 3 年 7 月 11 日 公正取引委員会事務局。

¹³³ 流通・取引慣行ガイドラインによれば、「市場における有力な事業者」とは市場シェアが 10%以上、または、その順位が 3 位以内であることが一応の目安とされ、市場シェアが 10%未満、且つ、その順位が 4 位以下である場合には、通常、当該事業者の行為は違法とはならないとする(前掲注 132, 第 1 部 第 4(注 7))。

¹³⁴ ここでは単独の直接取引拒絶(一般指定 2 項)における公正競争阻害性の解釈指針として説明される(流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 132, 第 1 部 第 3-2①)。

¹³⁵ ここでは排他条件付取引(一般指定 11 項)、および拘束条件付取引(同 12 項)における公正競争阻害性の解釈指針として説明される(流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 132, 第 2 部 第 2-2(2))。

競争制限的な影響をもたらすことが考慮されており、ここで「競争者」へ着目することの主旨ないし意義は、実務的に公正競争阻害性を識別・判断することが容易になる(立証事項が競争者への影響で足りる)という点にあり、また当然ながら、競争者を保護することを企図したものではない)¹³⁶。

他方、先に見た私的独占における「競争の実質的制限」は「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態」とされ¹³⁷、ここで判決が着目しているのは「市場」ないし「競争」である。

従って、私的独占への該当性を問うには「市場」ないし「競争」が害されたことを立証することが必要とされるが¹³⁸、他方、不公正な取引方法への該当性を問うには「競争者」の事業活動が害されるであろうことが立証されれば足り¹³⁹、「市場における有力な事業者」が一般指定各項に該当する不当な行為によって「競争者」に事業活動上の不利益を与える懸念を生じさせたと認められた時点で、公正な競争に対する阻害があったとみなされるものと思料される¹⁴⁰。

従って、「競争の実質的制限」と「公正競争阻害性」とを峻別する立証上の分水嶺は、「競争」への影響(すなわち、「一定の取引分野における競争の実質的制限」)か、それとも「競争者」への影響かという行為の及ぼす影響の範囲の違いに見出され¹⁴¹、実務的には立証水準ないし立証負担の違いとして現れるものと解される¹⁴²。

他方、公正競争阻害性の解釈と判断において、正当化事由によって違法性を阻却することを容認すべきか否かが問題となる。具体的には、公益性・安全性・経営合理性といった、

¹³⁶ 流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 132, 第 1 部 第 3-2。

¹³⁷ 東宝・スバル事件(前掲注 97)。

¹³⁸ もっとも、既に市場支配力を有する事業者がその市場において排除・支配行為を行っていれば、通常(競争に与える具体的効果を個別に問わずに)、競争の実質的制限が認められる(参照 金井＝川濱ほか・前掲注 31, 178 頁)。

¹³⁹ 換言すれば、「市場参加者の『競争機会』が失われること」によって、自由競争減殺の公正競争阻害性が認められると解される(参照 山部・前掲注 128, 33 頁)。

¹⁴⁰ 実方教授によれば、「有力な事業者や寡占企業によって行われた場合にはほとんど常に競争阻害効果があるような行為類型については、その行為の対象となる量的範囲を基準とし、それが一定限度を超えれば違法とする接近方法」であり、「このような接近方法をとると、各事例ごとに当該行為が市場全体の競争に対して与える具体的影響を判断しなくてもよいこととなるので、違法性の立証が容易となり、機動的に法運用できる」とする(実方・前掲注 81, 145)。

¹⁴¹ このような見方をする場合、排除行為によって競争者が「排除」されるという事象は、市場における競争単位が減少することを意味し、従って、競争への影響を評価することに他ならず、当該排除行為は市場ないし競争過程への加害行為として私的独占該当性が問われるものと解される。

¹⁴² 山田教授によれば、「ある排除行為が私的独占に該当するか否かは、『競争の実質的制限』の要件を満たすか否か。言い換えれば、この要件を立証できるか否かがポイントとなり、その認定ができないが、自由競争の減殺の要件を満たす行為が不公正な取引方法として規制されることになる」として立証水準の違いによって私的独占該当性(競争の実質的制限)と不公正な取引方法該当性(公正競争阻害性)を振り分ける見方を提示する(参照 山田・前掲注 109, 2-3 頁)。

「競争」とは異なる価値が違法性を阻却する事由となり得るかという問題である¹⁴³。

最高裁判決にみる判例の基本的立場は「単に事業者において右拘束条件をつけることが事業経営上必要あるいは合理的であるというだけでは、右の『正当な理由』があるとすることはできない」¹⁴⁴とされ、或いは「競争秩序の維持とは直接関係のない事業経営上又は取引上の観点等からみて合理性ないし必要があるに過ぎない場合などは、ここにいう『正当な理由』があるとすることはできない」¹⁴⁵というものであり、公正競争阻害性が認められる状況において、「競争」とは異なる価値を理由として違法性を阻却することに否定的立場を採る。

しかしながら、近時の判例では公益性¹⁴⁶や安全性¹⁴⁷、経営合理性¹⁴⁸といった事由が不当性・公正競争阻害性の判断における「考慮要素」とされ、学説もこれら要素を考慮することを肯定的に捉える立場が多数見受けられる¹⁴⁹。

もっとも、ここでの議論は私的独占における「公共の利益に反して」の解釈論と同一の性格を帯びるものであり¹⁵⁰、議論の争点は、競争秩序を維持することによりもたらされる利益と、競争とは異なる価値によりもたらされる利益との比較衡量を行い、独禁法の究極目的に照らして、公正競争阻害性の有無を判断することの是非¹⁵¹に帰着する。このような利益衡量を首肯する立場に対しては、解釈に恣意性を持ち込むことにより法的安定性を害する懸念、独禁法に競争とは異なる価値を安易に持ち込むことの違和感、および、究極目

¹⁴³ 不公正な取引方法は法文上、私的独占や不当な取引制限における「公共の利益に反して」という文言を欠いているため、「公共の利益に反して」に相当する趣旨を「公正な競争を阻害するおそれ」に読み込まざるを得ない状況にある(山部俊文「不公正な取引方法の規制」日本経済法学会編『独占禁止法 50 年』経済法学会年報 第 18 号(有斐閣・1997 年)67 頁)。

¹⁴⁴ 第一次育児用粉ミルク(明治商事)事件 最判昭 50・7・11 民集 29 卷 6 号 951 頁。

¹⁴⁵ 第一次育児用粉ミルク(和光堂)事件 最判昭 50・7・10 民集 29 卷 6 号 888 頁。

¹⁴⁶ 例えば、都営芝浦と畜場事件(最判平元・12・14 民集 43 卷 12 号 2078 頁)では、廉売行為の不当性が争われたが、食肉の集荷量確保と価格の安定という公益的な政策目的が公正競争阻害性の判断において考慮され、廉売行為は適法と判断された。

¹⁴⁷ 東芝エレベーターテクノス事件(大阪高判平 5・7・30 判時 1479 号 21 頁)では、エレベーター部品と保守サービスの抱き合わせ行為の不当性が争われ、機器の安全性確保は一般消費者の利益に資するとして、公正競争阻害性の判断に際して安全性が考慮要因とされたが、被告の行為は安全性の観点から採られたものではないとして違法とされた。

¹⁴⁸ 資生堂東京販売事件(最判平 10・12・18 審決集 45 卷 455 頁)、および花王化粧品販売事件(最判平 10・12・18 審決集 45 卷 461 頁)においては、拘束条件付取引行為の不当性が争われたが、対面販売の義務付けは、化粧品という商品の特性からみて「それなりの合理性」を有すると判示され、公正競争阻害性の判断において経営上・取引上の合理性という要素を考慮し、被告の行為は適法とされた。

¹⁴⁹ 例えば、白石教授は「公正競争阻害性」＝「反競争性あり＋正当化理由なし」という考え方を呈示する(白石・前掲注 73, 60 頁)。また、山部教授も同様に「公正競争阻害性」＝「競争秩序への悪影響(＝従来の公正競争阻害性の解釈)」＋「正当化事由の欠如(＝競争秩序への悪影響を正当化する直接の競争の要因とは性格を異にする事由の欠如)」と整理し、従来の公正競争阻害性概念はそのままに、且つ、それとは別個に、実質的に新たな要件として「正当化事由の欠如」を付加することを提案する(山部・前掲注 143, 67 頁)。

¹⁵⁰ 参照 本章 第 2 節。

¹⁵¹ 換言すれば、「原則として公正競争阻害性が認められる場合においても、当該行為が直接競争秩序の維持と関係ないようにみえる事業経営上・取引上の合理性・必要性や、社会公共目的としての公益性、安全性、さらには環境保全などのために行われ、その目的の合理性と当該目的を達成する方法・手段に相当性が認められるときは、独禁法の究極目的に照らして、公正競争阻害性が認められない」という解釈の是非が争点となる(根岸編「根岸執筆」・前掲注 3, 347 頁)。

的にによって首肯される価値に関する証拠を立証ルールに引き込むことの非現実性等を指摘し得ることについては既述したとおりであり、本稿はこのような利益衡量論に対し消極的な立場を採るものである。

私的独占の予備的・補完的規制として不公正な取引方法が位置付けられ、競争の実質的制限と公正競争阻害性とが「程度の違い」こそあれ、「同質の反競争性」であるとの理解が妥当するならば、両者の違法要件に質的な違いを許容することは理論的な不整合を招来することになると解される。また、独禁法が観念する競争とは一般に「能率競争」であるとされ、能率競争概念の下では、「消費者は単に当該商品をモノとして買うのではなく、もろもろの付随的商品・サービス等も含めて購買決定をなすものであり、したがって、これらも競争の一要素」¹⁵²であると解するのが適切と思われる。

従って、公益性・安全性・経営合理性といった諸要素は、「競争」と比較衡量の対象となる外的要素ではなく、競争を構成する内的要素として包摂すべきものであり、これら諸要素を内包した上で、なお当該行為が競争上不当と評価し得るか否かを問うべきと解される。そして、当該行為それ自体の性格を能率競争概念に照らして判断するとすれば、当該行為が能率競争と言い得る範疇に属する限り¹⁵³、そもそも不当な行為に該当せず、公正競争阻害性を問題とするには及ばないものと思料される¹⁵⁴。

3-2. 阻害する「おそれ」の解釈

不公正な取引方法は、「公正な競争を阻害する『おそれ』」がある行為である。この「おそれ」の解釈に関し、判例によれば「ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りる」¹⁵⁵との見解が示され、学説も判例の見解に倣い「市場全体の競争に対する抽象的危険性で足りる」¹⁵⁶とし、この見方においては、「問題となる行為の性格が問われているのであって、その実際の効果・影響が具体的に現れていることは要件ではない」¹⁵⁷との解釈が与えられている。従って、不公正な取引方法のうち、不公正手段型の行為類型¹⁵⁸の場合には、当該行為類型を用いたことそれ自体が「おそれ」の要件を充足し¹⁵⁹、

¹⁵² 舟田・前掲注 5, 27 頁。

¹⁵³ 東芝エレベーターテクノス事件大阪高裁判決(前掲注 147)では、部品と保守サービスは別個の取引であるとされ、当該部品と当該サービスを抱き合わせて取引することは、「買い手にその商品選択の自由を失わせ、事業者間の公正な能率競争を阻害するものであって、不当というべきである」とされ、能率競争の範疇を超えた行為に違法性が認められている。

¹⁵⁴ 私的独占における「公共の利益に反して」の解釈においても同様の理解ができよう(伊従=矢部〔平林執筆〕・前掲注 114, 69 頁)。

¹⁵⁵ 第一次大正製薬事件・前掲注 6。

¹⁵⁶ 実方・前掲注 81, 145 頁。

¹⁵⁷ 根岸=舟田・前掲注 8, 198 頁。

¹⁵⁸ 不公正手段型の行為類型としては、ぎまんの顧客誘引(8 項)、不当な利益による顧客誘引(9 項)、競争者に対する取引妨害(14 項)、および競争会社に対する内部干渉(15 項)等が該当する。

¹⁵⁹ 今村教授によれば、不公正手段型の行為類型の場合、「そのような手段を用いること自体が、右の『おそれ』に該当することになる」とされる(今村・前掲注 101, 118 頁)。

また、自由競争減殺型の行為類型¹⁶⁰の場合には、行為者の地位や行為の性格を踏まえ、当該行為類型が行われただけで「おそれ」の要件を充足するとされる¹⁶¹。

なお、公取委の流通・取引慣行ガイドラインにおいては、違法視すべき行為類型と、「セーフハーバー」としての有力な事業者の基準(市場シェアが10%以上又はその順位が上位3位以内であることが一応の目安)が示されている¹⁶²。

《小括》

以上の検討から、不公正な取引方法の違法要件に関する解釈、および私的独占との関係については以下のように立論し得ると解される。

- ①：不公正な取引方法は私的独占の補完的・予防的規制であって、競争に及ぼす弊害のレベルは前者よりも後者の方が大きく、両者は「同質の反競争性」を伴う「同一平面上の程度の異なる状態」として観念される。
- ②：「公正競争阻害性」と「競争の実質的制限」とが「同一平面上の程度の異なる状態」とあるとして、不公正な取引方法と私的独占の違いは、先の検討によれば、実務的には「競争者」への影響か、それとも「競争」への影響(すなわち、「一定の取引分野における競争の実質的制限」)かという弊害の及ぶ影響範囲(立証事項)の違いに見出せる。
- ③：不公正な取引方法と私的独占とが「同質の反競争性」という性格を共有するならば、ここでの「反競争性」は競争過程を害するという観点から「能率によらない排除」行為によりもたらされる効果・影響と定位することが可能であると解される。
- ④：ここで、「能率によらない排除」行為とは、本稿における検討(第4章 第3節および第4節参照)によれば「短期的利益犠牲」や「不当なライバル費用引上げ」および効果の不当性に限定した「ライバル費用引上げ」等がこれに該当する行為パターンとして観念され、この場合、不公正な取引方法と私的独占とが「同質の反競争性」という性格を共有するならば、「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」等を伴う行為は不公正な取引方法と私的独占の双方に共通する行為要件であることが示唆される。

¹⁶⁰ 自由競争減殺型の行為類型としては、共同の取引拒絶(1項)、その他の取引拒絶(2項)、不当廉売(6項)、排他条件付取引(11項)等が該当する。

¹⁶¹ 実方教授によれば、自由競争減殺型の行為類型の場合、「それが実効性をもって行われればその限りで市場での競争に有意な影響を与えるといえるから、当該行為類型に該当する行為が行われただけで競争阻害性があるという接近方法が可能」であるとされる(実方・前掲注81, 145)。

¹⁶² 流通・取引慣行ガイドライン・前掲注132, 第1部 第4(注7)。

- ⑤：なお、公正競争阻害性の判断に際して、競争とは異なる公益等の要件を別途考慮することの是非が問題となるが、私的独占と同様、競争以外の価値との利益衡量は現実的には困難であり、また本来的に公益等の要素は「能率競争」の概念に内在させるべき要素であると解され、外在的要素として競争と利益衡量を図ることは適当ではないと思料される。

以上、各論としての単独・直接の取引拒絶規制の検討に入る前に、前提的作業として私的独占および不公正な取引方法の違法要件について検討した。

本稿の基本的なスタンスは、私的独占および不公正な取引方法の違法性判断に際して、競争とは異なる価値を考慮することに慎重であるべきとの立場を採るものであり、ここでは専ら「公正且つ自由な競争」の維持に含意される「競争過程の保護」を独禁法の保護法益と捉え、競争過程に対する加害行為を法益侵害行為として規制対象とするものである。

この観点からは、「公正且つ自由な競争」それ自体が害される状況を客観的に認識することは違法性判断に際して必要不可欠なプロセスだと解され、また、法の安定的な運用と法適用の予見性・透明性を高める上で、行為者・当局・裁判所にとって認識可能な形で違法要件を定立することが求められている今日的な状況を踏まえれば、本稿の示す立場も一定程度の意義があるように思われる。

次章では、我が国における単独・直接の取引拒絶の規制状況について、具体的な分析と検討を試みる。

第 10 章 我が国における単独・直接の取引拒絶の違法性判断基準

第 1 節 不公正な取引方法および私的独占としての単独・直接の取引拒絶に対する違法性判断基準

単独の事業者による不当な取引拒絶は不公正な取引方法の一類型として一般指定 2 項により禁止される。同項によれば、「不当に、ある事業者に対し取引を拒絶し若しくは取引に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限し、又は他の事業者にこれらに該当する行為をさせること」は不公正な取引方法に該当し違法とされる。ここで、同項前段が「単独・直接の取引拒絶」であり、同項後段は「単独・間接の取引拒絶」である。

本稿が検討の主たる対象とする「単独・直接の取引拒絶」の禁止規定は、法文上、事業者が相手方に対して取引そのものを拒絶することのみならず、取引される商品・役務の数量・内容について不利益な形で扱うことをも違法視するが、通常、単独・直接の取引拒絶は競争への影響の観点から独禁法上の問題を生起せず、「不当に」取引拒絶がなされない限り独禁法違反とはならない。

ここで、「不当に」が意味する不当性の解釈が問題となるが、「不当に」の意味・内容は、学説上、「公正競争阻害性」と同義と解されており¹、取引拒絶のような排除行為においては、「自由な競争の減殺」をもたらす場合、すなわち、市場参入の自由と能率競争の自由を妨げるような場合に「公正な競争を阻害するおそれ」のある行為と観念され²、当該行為は「不当な」行為として不公正な取引方法の禁止規定(19 条)により規制される。

また、「不当に」単独・直接の取引拒絶が行われ、市場に及ぼす量的影響度合いが「公正な競争を阻害するおそれ」を超えて「競争の実質的制限」のレベルに達する場合、当該単

¹ 金井貴嗣＝川濱昇ほか編著『独占禁止法〔第 3 版〕』（弘文堂・2011 年）245 頁。

² 「公正競争阻害性」をめぐる学説上の論争において、今村教授は公正競争阻害性を「自由且つ公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれ」のある状態と観念し、具体的には、市場参入の自由と市場における競争（良質廉価な商品又は役務の提供による能率競争）の自由が妨げられている状態であると、公正競争阻害性を「自由な競争の減殺」に求める（今村成和『独占禁止法入門〔第 3 版〕』（有斐閣・1992 年）116 頁）。また、独占禁止法研究会によって提示された見解においても、「自由な競争の減殺」は公正競争阻害性を構成する三要素のうちの一要素とされる（他の二要素は「競争手段の不公正さ」および「自由競争基盤の侵害」）（公正取引委員会事務局編「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」『経済力の濫用と独占禁止政策』（大蔵省印刷局・1984 年）331 頁）。

独・直接の取引拒絶は私的独占の禁止規定(3条前段)により規制される³。

もっとも、一般指定 2 項に記載の文言は概括的・抽象的であり、独禁法上違法視される取引拒絶の態様は法文上必ずしも明らかではない。また、2 条 5 項に規定される「競争の実質的制限」の要件の解釈および認定の在り方についても未だ議論が収束していない⁴。

このような状況を踏まえ、以下では、単独・直接の取引拒絶の規制基準に関し、公取委が実務的な解釈指針を示した「流通・取引慣行ガイドライン」⁵、「知的財産ガイドライン」⁶、および「排除型私的独占ガイドライン」⁷等を手掛かりに違法性判断の在り方を分析・検討する⁸。

1-1. 単独・直接の取引拒絶の「排除行為該当性」の認定プロセス

単独・直接の取引拒絶を独禁法上違法と認定するには、私的独占の禁止規定を適用するにせよ不公正な取引方法の禁止規定を適用するにせよ、当該単独・直接の取引拒絶が「排除行為」に該当する行為であることを認定する必要がある、以下ではまず排除行為を定義付ける要素とは何か、について検討を行う。

1-1-1. 流通・取引慣行ガイドラインの観点から

流通・取引慣行ガイドラインによれば、「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成する手段として」単独・直接の取引拒絶を行い⁹、「これによって取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となるおそれがあ

³ すなわち、単独・直接の取引拒絶を私的独占として規制するか、それとも不公正な取引方法として規制するかの振り分け問題は、「ある排除行為が私的独占に該当するか否かは、『競争の実質的制限』の要件を満たすか否か。言い換えれば、この要件を立証できるか否かがポイントとなり、その認定ができないが、自由競争減殺の要件を満たす行為が不公正な取引方法として規制されることになる」といった理解に基づいて対処することになる(参照 山田務「私的独占事案における競争の実質的制限の認定について―EU の市場支配的地位の濫用事案を参考にして」筑波法政 第 55 号(2013 年 7 月 1 日)2 頁～3 頁)。

⁴ 「競争の実質的制限」を「市場支配力の形成・維持・強化」と解釈することでは議論の一致を見ているが、ここにいる「市場支配力」をどのように捉えるか(いわゆる「統合型市場支配」と「閉鎖型市場支配」の異なる解釈)につき議論が収束していない(その議論の状況は、本稿 第 9 章 第 2 節を参照)。

⁵ 正式名称は「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」平成 3 年 7 月 11 日 公正取引委員会事務局(以下、本文の記載と同様に「流通・取引慣行ガイドライン」という)。

⁶ 正式名称は「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」平成 19 年 9 月 28 日 公正取引委員会(以下、本文の記載と同様に「知的財産ガイドライン」という)。

⁷ 正式名称は「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」平成 21 年 10 月 28 日 公正取引委員会(以下、本文の記載と同様に「排除型私的独占ガイドライン」という)。

⁸ なお、事業者が独禁法上違法な行為、例えば、「再販売価格維持」や「排他条件付取引」等の実効性を確保するための手段として取引拒絶を行う場合、審査の主眼は取引拒絶の違法性ではなく、当該違法な行為の存否に置かれるため、本稿以下では「独禁法上違法な行為の実効性を確保する手段としての取引拒絶」については検討の対象外とし、議論に必要な範囲で触れるに止めることとする。

⁹ 流通・取引慣行ガイドラインでは不当な単独の直接取引拒絶の具体例として下記①～③を例示する。すなわち、

る場合には、当該行為は不公正な取引方法に該当し違法となる」とする¹⁰。

ここで、「市場における有力な事業者」とは、流通・取引慣行ガイドラインによれば「当該市場におけるシェアが 10%以上又はその順位が上位三位以内であることが一応の目安」とされ¹¹⁾¹²、当該「市場における有力な事業者」基準を定めた趣旨は、同基準を充たさない限り違法とはならない「セーフハーバー」として機能することを意図したものであり、当該「市場における有力な事業者」基準を充たす事業者が不当に取引を拒絶した場合、市場に有意な影響を与える可能性があるとされる。

また、同ガイドラインによれば、競争者を市場から排除することは「独禁法上の不当な目的を達成すること」に相当するものであるとしており、競争者を市場から排除する手段として単独・直接の取引拒絶が行われる場合、当該単独・直接の取引拒絶は独禁法上の不当性を帯びるとしている。具体的には、競争者の市場への参入を阻止し(例示②¹³)、或いは市場から競争者を排除する(例示③¹⁴)目的の下、従来継続していた取引を拒絶することは不当な単独・直接の取引拒絶であるとの見方を提示する。

他方、同ガイドラインによれば、単独・直接の取引拒絶が競争に及ぼす弊害は「取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となる」状況に見出されるとしており¹⁵、取引を拒絶される事業者(競争者)にとっての弊害という観点から取引拒絶の不当性を導いている。従って、流通・取引慣行ガイドラインの観点からは、単独・直接の取引拒絶を排除行為と認定する上で二つの要素が必要とされていると解され、一つは「行為の目的に見出される不当性」(以下、「目的の不当性」という)であり、当該取引拒絶が独禁法上の不当な目的を達成する(すなわち、競争者を排除する)ための手段として機能していることである。そしてもう一つは「行為が相手方に及ぼす効果の不当性」(以下、「効果の不当性」という)であり、当該取引拒絶が競争者の事業活動を困難にすることである。

①:「市場における有力な製造業者が、取引先販売業者に対し、自己の競争者と取引しないようにさせることによって、競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるようにするとともに、その実効性を確保するため、これに従わない販売業者との取引を拒絶すること」。

②:「市場における有力な原材料製造業者が、自己の供給する原材料の一部の品種を取引先完成品製造業者が自ら製造することを阻止するため、当該完成品製造業者に対し従来供給していた主要な原材料の供給を停止すること」。

③:「市場における有力な原材料製造業者が、自己の供給する原材料を用いて完成品を製造する自己と密接な関係にある事業者の競争者を当該完成品の市場から排除するために、当該競争者に対し、従来供給していた原材料の供給を停止すること」。

なお、「市場における有力な事業者が、競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段として」取引拒絶を行う場合の例示は②及び③であり、他方、①は「事業者が独占禁止法上違法な行為の実効性を確保するための手段として」取引拒絶を行う場合の例示であり、ガイドラインは両者の行為の性格を区別する(流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 5, 第 1 部 第 3-2)。

¹⁰ 流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 5, 第 1 部 第 3-2。

¹¹ 流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 5, 第 1 部 第 4 (注 7)。

¹² なお、知的財産ガイドラインでは、市場シェア 20%超又は利用可能な代替技術が 3 以下である場合に、いわゆる「市場における有力な事業者」に該当するとされており、近時の公取委の法運用としてはシェア 20%が基準とされている(知的財産ガイドライン・前掲注 6, 第 2-5)。

¹³ 参照 前掲注 9。

¹⁴ 参照 前掲注 9。

¹⁵ 流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 5, 第 1 部 第 3-2。

1-1-2. 知的財産ガイドラインの観点から

知的財産ガイドラインによれば、ライセンス拒絶に至る一連の行為が「知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反する」ものと認められ、これらの行為が「競争者等の取引機会を排除」するような場合に不正な取引方法の一般指定 2 項に該当するとある¹⁶。具体的には、(1)競争者が代替困難な技術のライセンスを受けている状況において、当該技術に係る知的財産権を権利者から取得した上で、当該技術のライセンスを拒絶する行為¹⁷、および、(2)ある技術の知的財産権者が不当な手段によって他の事業者をライセンスに導き、当該事業者が他の技術に切り替え困難となった後に、当該技術のライセンスを拒絶する行為¹⁸は一般指定 2 項(その他の取引拒絶)および 14 項(競争者に対する取引妨害)に該当するとある。ここでは、ライセンス拒絶に至る前段の行為、すなわち、前者(1)の事例では、競争者の排除を目的とした知的財産権の取得が、後者(2)の事例では事業者の囲い込みを目的とした知的財産権の取得が知的財産制度の趣旨を逸脱しているとされ、当該知的財産権を濫用することにより、競争者の排除ないし競争機能の低下といった独禁法上違法な目的を実現することを企図し、その遂行を確実なものにする手段としてライセンス拒絶が行われているところに一連の行為の不当性が見出される¹⁹。

¹⁶ 知的財産ガイドライン・前掲注 6, 第 4-1 および 2。

¹⁷ この点に関し、知的財産ガイドラインで示される事例によれば、「多数の事業者が製品市場における事業活動の基盤として用いている技術について、一部のライセンシーが、当該技術に権利を有する者から権利を取得した上で、競争関係に立つ他のライセンシーに対して当該技術のライセンスを拒絶することにより、当該技術を使わせないようにする行為は、不正な取引方法に該当する場合がある」とされる(知的財産ガイドライン・前掲注 6, 第 4-2(1))。

¹⁸ この点に関し、知的財産ガイドラインで示される事例によれば、「共同で規格を策定する活動を行う事業者のうち一部の者が、自らが権利を有する技術について、著しく有利な条件でライセンスするとして、当該技術を規格として取り込ませ、規格が確立して多くの事業者が他の技術に切り替えることが困難になった後になって、これらの事業者に対してライセンスを拒絶することにより、当該技術を使わせないようにする行為は、不正な取引方法に該当する場合がある」とされる(知的財産ガイドライン・前掲注 6, 第 4-2(2))。

¹⁹ ライセンス拒絶の違法性判断に際しては、知的財産権の行使に係る独禁法の適用除外規定(独禁法 21 条)の解釈が問題となる。独禁法 21 条は「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」と規定し、この条文の解釈としては以下のように説明される。すなわち、

- ①：知的財産法による「権利の行使と認められる行為」には独禁法は適用されない。
- ②：「権利の行使と認められる行為」とは、知的財産法に基づいて知的財産権を排他的に支配・利用する権能を有する者が、無権限者による知的財産の利用を排除することを意味するのであって、このような行為にあたるかどうかは基本的には行為の外形から決定される。
- ③：もっとも、行為の外形からすると「権利の行使とみられる」行為であっても、知的財産権保護制度の趣旨を逸脱しまたは同制度の目的に反する場合には、「権利の行使と認められる行為」には該当せず、独禁法の適用を受ける。
- ④：③の判断をするにあたっては、競争に与える影響も考慮する。
- ⑤：上記①ないし④の検討を経て独禁法の適用除外を受けないと判断されても、そのことがただちに問題の行為が独禁法に違反することを意味するわけではなく、当該行為が独禁法上の要件を充たす行為であるかどうかの評価が別途必要である。
- ⑥：なお、独禁法 21 条は知的財産制度が法律により設けられていることからして、独禁法を適用する際に当然に妥当すべき法理を念のため明らかにしたものである。この意味で同 21 条は、新たに適用除外され

なお、このように知的財産権の濫用を伴う形でライセンス拒絶が行われる場合においても、当該ライセンス拒絶それ自体の競争への影響を分析・評価することは必要であり²⁰、この点に関し、知的財産ガイドラインによれば、「競争減殺効果」を認定することが必要であるとしている。

そして、同ガイドラインによれば「製品シェア 20%超」または、「事業活動に著しい支障を生ずることなく利用可能な代替技術が 3 以下」である場合にはライセンス拒絶等の「技術の利用に係る制限行為」によって、状況次第では軽微ではない「競争減殺効果」が生じる可能性があるとしており²¹、この見方は、流通・取引慣行ガイドラインにおける「市場における有力な事業者(市場シェア 10%以上又はその順位が上位 3 位以内)」が単独・直接の取引拒絶をすることにより「取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難になる」といった効果がもたらされ得ることを懸念し、当該効果の認定を求めることと同じスタンスであると解される。

従って、知的財産ガイドラインにおいても流通・取引慣行ガイドラインと同様、単独・直接の取引拒絶(ライセンス拒絶)を排除行為と認定する上で二つの要素が必要とされると解され、一つは「目的の不当性」であり、当該ライセンス拒絶が独禁法上の不当な目的を達成する(すなわち、競争者を排除する、若しくは競争機能を低下させる)ための手段として機能していることである。そしてもう一つは「効果の不当性」であり、当該ライセンス拒絶が競争者の事業活動に著しい支障を生ぜしめるような「競争減殺効果」を伴うこと(すなわち、競争者の事業活動を困難にすること)である。

1-1-3. 排除型私的独占ガイドラインの観点から

排除型私的独占ガイドラインによれば、川上市場および川下市場を構成する状況における単独・直接の取引拒絶の排除行為該当性に関し、「供給先事業者が市場(川下市場)で事業活動を行うために必要な商品について、合理的な範囲を超えて供給拒絶等をする行為は排除行為に該当し得る」²²との考えを示す。

ここで、行為の不当性は「合理的な範囲」を超えるところに見出せ、同ガイドラインによれば、『合理的な範囲』を超えているか否かを判断するに当たっては、供給に係る取引

る行為を創設するものでなく、確認的意義をもつにすぎない(金井=川濱ほか・前掲注 1, 376~377 頁)。

²⁰ この識別作業は前掲注 19 の⑤「独禁法の適用除外を受けないと判断されても、そのことがただちに問題の行為が独禁法に違反することを意味するわけではなく、当該行為が独禁法上の要件を充たす行為であるかどうかの評価が別途必要である」との観点から要請される。

²¹ 正確には、知的財産ガイドラインでは「原則として、製品シェアの合計が 20%以下であれば競争減殺効果は軽微であると考えられるが、製品シェアが算出できないとき又は製品シェアに基づいて技術市場への影響を判断することが適当と認められないときには、当該技術以外に、事業活動に著しい支障を生ずることなく利用可能な代替技術に権利を有する者が 4 以上存在すれば競争減殺効果は軽微であると考えられる」とあり(知的財産ガイドライン・前掲注 6, 第 2-5)、その反対解釈として「製品シェア 20%超」または「事業活動に著しい支障を生ずることなく利用可能な代替技術が 3 以下」である場合に技術の利用に係る制限行為によって軽微ではない競争減殺効果が生じる可能性があるとの主旨が導かれる。

²² 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(1)。

の内容及び実績、地域による需給関係等の相違が具体的に考慮される」²³とし、その考え方として、取引価格の合理性²⁴、および取引条件の合理性²⁵について例示しているが、何れも「能率競争(competition on the merits)の概念²⁶」に照らしてこれに反するか否かを判断することを志向しているものと解される²⁷。この点に関し、流通・取引慣行ガイドラインと知的財産ガイドラインにおいては、「目的の不当性」として「競争者の排除」が観念されていると解するものであるが、競争過程において競争者の排除は淘汰のプロセスとして正常な形でも生じ得るため、より適切に不当性を評価する上では「合理的な範囲」を超えた「能率競争に反する競争者の排除」を「目的の不当性」として観念すべきと解される。

また、同ガイドラインは、単独・直接の取引拒絶が競争に及ぼす弊害という観点から、「川上市場においてその事業者に代わり得る他の供給者を容易に見いだすことができない供給先事業者の川下市場における事業活動を困難にさせ、川下市場における競争に悪影響を及ぼす」場合、当該単独・直接の取引拒絶は排除行為に該当するとし、拒絶された相手方の事業活動が困難になるか否かを判断するにあたっては、事案を構成する諸要素²⁸を総合的に考慮するとしている。

1-1-4. 排除行為該当性を認定するための共通要素

上記にて、「流通・取引慣行ガイドライン」、「知的財産ガイドライン」、および「排除型私的独占ガイドライン」の検討を踏まえ、単独・直接の取引拒絶に対して排除行為該当性

²³ 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(1)。

²⁴ 「例えば、行為者が一部の供給先事業者に対して供給する川上市場における商品の価格が、他の供給先事業者との取引数量の相違等に基づく正当なコスト差を著しく超えて廉価となっている場合には、このような価格の差は合理的な範囲を超えている」とする(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(1))。

²⁵ 「例えば、川上市場における商品について行為者が長期間にわたって継続的に供給を行ってきた事業者に対する決済条件、配送条件その他の供給に係る条件が、新規に供給を受けようとする事業者に対する条件と異なっている場合であっても、それが過去の実績の相違に基づく正当なものであるときは、このような取扱いの差は合理的な範囲を超えているとはいえない」とする(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(1))。

²⁶ 能率競争とは、「各事業者が企業努力の成果として市場で提示した商品・役務を、顧客が他の商品・役務と比較したうえで選択し取引が行われるという個々の(ミクロの)過程が、当該市場の中で相互に作用しあい、当該市場全体としての(マクロの)競争過程として現れることである」とされ(根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第 4 版〕』(有斐閣・2010 年)202 頁)、或いは、「消費者の満足を満たすような品質、取引条件をめぐって事業者が自由に顧客の獲得を競い合うこと」とされる(金井＝川濱・前掲注 1, 249 頁)。

²⁷ この点に関し、直近の排除型私的独占の最高裁判例である NTT 東日本事件最高裁判決において、判決は本件単独かつ一方的な取引拒絶が「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を有することを排除行為該当性の一つの判断要素としており、これは排除型私的独占ガイドラインにいう「合理的な範囲を超えて」に相当するものと思われ、また、「能率競争」の概念に照らして判断することを志向したものと解される(参照 NTT 東日本事件最高裁判決・後掲注 159, 理由 4(同判決については本章後段で詳しく検討))。

²⁸ 排除型私的独占ガイドラインで示される「諸要素」としては、ア)川上市場及び川下市場全体の状況、イ)川上市場における行為者及びその競争者の地位、ウ)川下市場における供給先事業者の地位、エ)行為の期間、およびオ)行為の態様である(参照 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(2))。もっとも、これらの諸要素について、考慮の仕方は例示されているものの、考慮すべき優先順位や重み付けについての言及は無く、排除行為該当性の立証・認定プロセスが明らかにされているとまでは言えないように思われる。

を認定するうえで、二つの要素を認定する必要があると解される。一つは「目的の不当性」という要素であり、もう一つは「効果の不当性」という要素である。

まず、前者の「目的の不当性」に関し、流通・取引慣行ガイドラインにおいては、競争者を市場から排除する目的の下、その手段として単独・直接の取引拒絶が行われる場合にこれを不当であるとしている。また、知的財産ガイドラインにおいては、知的財産権を濫用することにより競争者を排除し、或いは競争者の競争機能を低下させることを企図し、その実効性を確保するための手段として単独・直接のライセンス拒絶が行われるところに不当性が見出されるとしている。そして、排除型私的独占ガイドラインにおいては、能率競争に反する形で「合理的な範囲」を超えて取引拒絶に及ぶところに不当性が見出されるとしており、従って、これらガイドラインの主旨を踏まえれば「目的の不当性」は「能率競争に反する競争者の排除」に見出されるものとする。

他方、後者の「効果の不当性」に関し、流通・取引慣行ガイドラインにおいては、「取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となる」状況に不当性が見出され、排除型私的独占ガイドラインにおいては、事案の状況を総合的に考慮しつつも「拒絶された相手方の事業活動が困難になるか否かを判断する」としており、両ガイドラインは同様の視座を有する。また、知的財産ガイドラインはライセンス拒絶によって「競争減殺効果」がもたらされるところに不当性を見出しているが、前述の通り、これは流通・取引慣行ガイドラインにおける「取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難になる」とことと同根の問題意識に基づくものと解される。従って、「効果の不当性」は「相手方事業者の事業活動困難性」に見出されるものとする(なお、ここに言う「相手方事業者」は多くの場合「競争者」であり²⁹、以下では「競争者の事業活動困難性」という)。

1-1-5. 行為の不当性の一般化と不当性を識別する基準(比較法検討を踏まえて)

上記にて「目的の不当性」に共通する要素は「能率競争に反する競争者の排除」であり、「効果の不当性」に共通する要素は「競争者の事業活動困難性」であるとした場合、これら不当性を一般化した形で提示し、不当性を識別する基準を見出すことは出来ないであろうか？

まず、単独・直接の取引拒絶における「目的の不当性」は排除型私的独占ガイドラインを手掛かりに、行為者(拒絶者)における不合理性(合理的な範囲の逸脱)という観点から、一般化することが考えられる。具体的には、本稿における比較法の検討を踏まえ、「目的の不当性」を「短期的利益犠牲テスト(Short-term Profit Sacrifice Test)」により立論するものである。すなわち、利益を得ている取引関係を一方的に拒絶する行為は非合理的であり、

²⁹ 例えば、流通・取引慣行ガイドラインの事例②および③を参照(前掲注9)。

通常は経済的に積極的な意味を有さない(従って、能率競争に合致しない)³⁰。しかしながら、取引相手が競争者でもある場合、当該拒絶行為によって短期的には利益を犠牲にしつつ、当該競争者が市場から退出した後に、利益犠牲の埋め合わせと長期的な利益の獲得を意図する場合には経済的に有意な意味を持つ³¹。この文脈において、短期的利益犠牲は「短期的には利益を犠牲にすることと引き換えに、長期的には独占を形成し、或いはその地位を強化した後に、より大きな利益を期待する意思を有する」ことを推認する証拠であり、短期的利益犠牲という不合理な損失を被りつつも敢えて取引を拒絶することは、拒絶者の側に、能率競争に反する形で競争者を排除し、その後の独占利潤を享受するという独禁法上不当な目的が存在するであろうことを推認させ、「目的の不当性」を妥当な形で導くものと解される³²。

次に、「効果の不当性」を競争者の事業活動困難性に見出すことが首肯し得る場合、競争者における費用引上げという観点から一般化することが考えられる。具体的には、本稿における比較法の検討を踏まえ、「効果の不当性」を「ライバル費用引上げテスト(Raising Rivals' Cost Test)」により立論するものである。すなわち、既存の取引先から取引を拒絶された局面で、他に代わり得る取引先を容易に見出すことができれば競争者の事業活動が困難となることは無く、従って当該取引拒絶は独禁法上の問題を生起するものではないと解される。これに対し、既存の取引先から取引を拒絶された局面で、他に代わり得る取引先を容易に見出すことができなければ競争者の事業活動は困難な状況に陥り、当該取引拒絶は独禁法上の問題を生起させる。この局面で、例えば、拒絶された競争者の側において、従来供給されていた原材料を完成品に加工する工程で設備等を必要とし、当該設備等に投資をしていた場合、当該競争者には関係特殊的投資(relational specific investment)³³としてのサunkコスト(sunk cost)³⁴が発生していることになる。或いは、他の取引先を探索しこ

³⁰ すなわち、「企業は通常、自らの利潤追求に貢献しない戦略・行動を採用することはない」との考え方を前提とする(岡田直己「一方的取引拒絶の規制における『短期的利益の犠牲』について—トリニコ事件連邦最高裁判決の検討を中心に—」法学政治学論究 第71号(2006年)173頁)。

³¹ Areeda & Hovenkampによれば、支配的企業が短期的には利益を犠牲にすることと引き換えに、長期的には独占を形成し、或いはその地位を強化した後に、より大きな利益を期待する意思を有すると認められる場合に、当該支配的企業の排他的行為を違法な排除行為と捉える(Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, "Antitrust Law III 3rd ed.", ¶ 651b2. at 102 (2008))。

³² 短期的利益犠牲テストは「問題となる行為が、事後の独占利潤の増大を主たる動機として行われ、かつ、効率性の追求が当該行為の動機となるものではなかったことを識別する基準として機能する」とされる(川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣・1999年)359頁)。

³³ 関係特殊的投資とは、特定の取引相手と取引する際に必要となる「特殊な資産」への投資のことであり、資産の特殊性には、地理的特殊性(例えば、輸送費用を節約する目的で地理的に近接した地域への建設投資)、物的資産特殊性(例えば、特定の取引相手との取引関係構築のための設備投資)、人的資産特殊性(例えば、特定の顧客との取引のために必要となる営業知識や熟練技術といった人的投資)などがある(柳川隆=川濱昇編『競争の戦略と政策』(有斐閣・2006年)178~179頁)。

³⁴ 「埋没費用」とも称され、一般に、「既に対価を支払い、また市場で売却することによって対価を取り戻すこともできない費用」と説明され、ひとたび支出されると回収不能となる費用である(奥野正寛=鈴村興太郎『ミクロ経済学I』(岩波書店・2006年)43頁)。他の用途には代替しにくい資本設備や人的資本への

れに切り替える場合には新しい設備等が必要となり、新たな関係特殊的投資としてのスイッチングコスト(switching cost)³⁵が発生するかもしれない。

従って、当該競争者が当該原材料の供給を拒絶された局面で、代替供給先への切り替えを検討する際に、サンクコストの負担(回収不能費用の顕在化)やスイッチングコストの負担(設備等への新たな投資)が必要となる場合には「他に代わり得る取引先を容易に見出すこと」は困難であることが推察される。すなわち、取引拒絶に伴い、代替供給先への切り替えが必要となった局面で、拒絶された競争者の側において、供給関係に固有の費用が発生しないし顕在化する場合、代替供給先への切り替えは容易ではなく、通常の事業活動が困難となるおそれが現実問題として生起すると推認されるため、「競争者の側における費用引上げ」を証拠として、当該取引拒絶における「効果の不当性」を導くことが考えられよう³⁶37。

もっとも、上記で示した「目的の不当性」を客観的に識別する「短期的利益犠牲性テスト」および「効果の不当性」を客観的に識別する「ライバル費用引上げテスト」は、「利益犠牲性」ないし「費用引上げ」が実際に生じたこと、或いは実際に生起するであろうこと³⁸を認識するうえで基準となるベースラインを必要とする³⁹。

本稿における検討によれば、二分論的に「既に取り関係にある状態」か、或いは「未だ取引関係にない状態」かの何れかにベースラインを設定することも一つの考え方としてはあり得るとの理解に基づき、前者を継続取引拒絶のベースラインとして、後者を新規取引

投資、広告費や研究開発費などは関係特殊的投資でありサンクコストにあたる。

³⁵ 「切換費用」とも称され、一般に、他の環境へ切り換えようとすれば新しい環境に適合するための特殊な資産を新たに持つ必要が生じ、これに投下する費用のことを言う(小田切宏之『企業経済学』(東洋経済新報社・2004年)39～40頁)。

³⁶ ライセンス拒絶についても同様の事象説明が可能であると解される。すなわち、ライセンスを拒絶された競争者の側において、当該ライセンスを利用する過程で関係特殊的投資を行っていた場合、代替技術へ切り替えるには、サンクコストの負担(回収不能費用の顕在化)やスイッチングコストの負担(設備・ノウハウ等への新たな投資)が必要となり、「事業活動に著しい支障を生じることなく」代替技術に切り替えることは困難であることが推察される。従って、ライセンス拒絶に伴い、代替技術への切り替えが必要となった局面で、拒絶された競争者の側において、当該技術に固有の費用が発生しないし顕在化する場合、代替技術への切り替えは容易ではなく、「競争者の側における費用引上げの発生」を証拠として「効果の不当性」を推認することが可能であると思料される。

³⁷ 同様に、単独の取引拒絶をライバル費用引上げの観点から違法視するものとして、大録英一・独禁法審決・判例百選〔第6版〕127頁、同『独占禁止法の体系的理解Ⅱ』(静岡学術出版・2011年)39頁。

³⁸ ライバル費用引上げの観点から行為の違法性を審査する場合、論点となるのは当該行為が競争者に及ぼす「実際の影響(actual effects)」であるとする(Andrew I. Gavil, 'Integrating New Economic Learning with Antitrust Doctrine: Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance', 72 Antitrust L.J. 3, LEXSEE pages 13-15 (2004))。また、短期的利益犠牲性の観点から行為の違法性を審査する場合、行為者自らが実際に損失を被ることが必要とされ、費用増分が収入増分よりも大きい場合に損失として認定される(Aaron S. Edlin, and Joseph Farrell, 'The American Airlines Cases: A Chance to Clarify Predation Policy' (2001), John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White, 'The Antitrust Revolution 4th ed.', 525 (2004))。

³⁹ ここにいう「ベースライン」の問題は法理論的な議論であり、法的な介入・規制の正当性の問題である。例えば、独禁法では、企業がそもそもカルテルをする自由を有しており、それを規制するものとするのか、それともそのような自由は契約の自由に含まれていないと考えるのか、といった判断の基準を定める問題である(川濱昇「競争者排除行為に係る不公正な取引方法・私的独占について—理論的整理—」公正取引委員会・競争政策研究センター(2008年)26～27頁)。

拒絶のベースラインとして設定することを提示した⁴⁰。そして、このようにベースラインを設定することが妥当するならば、継続取引拒絶においては「既に取り関係にある状態」からの取引拒絶により、競争者における費用増大と行為者における利益犠牲は実際に生起すると評価できるのに対し、新規取引拒絶においては「未だ取引関係にない状態」からの申込拒絶であり、競争者における費用増大と行為者における利益犠牲は実際に生起するとは評価できない(申込が拒絶されなければ競争者における費用は減少し、行為者における利益は増大するであろうところ、これまで取引関係になかったことを前提とすれば、拒絶後も拒絶前と同様に取引関係にない状況が存続するに過ぎず、費用状況と利益状況は拒絶の前後で変化しない)⁴¹。

従って、行為の不当性を識別する基準として「短期的利益犠牲テスト」と「ライバル費用引上げテスト」を適用することが可能な単独・直接の取引拒絶の形態は「単独・直接の継続取引拒絶」に限定され、「単独・直接の新規取引拒絶」に対しては、別途、これとは異なる規制基準が必要となると解される⁴²。

1-2. 単独・直接の取引拒絶に「競争の実質的制限」を認定するための判断要素

単独・直接の取引拒絶が上記のような観点から「排除行為」と認定された場合、次に、当該排除行為に私的独占を適用するか、それとも不公正な取引方法を適用するかが問題となる。他の排除行為類型と同様、単独・直接の取引拒絶も、不公正な取引方法として規制される場合と、私的独占として規制される場合とで行為の外形/形態に違いが見出されるものではなく、競争に及ぼす影響の「程度の違い」によって何れの規制に服するかが決まる⁴³。すなわち、当該排除行為によって市場にもたらされる競争制限効果のレベルが「競争の実質的制限」に至るものであれば私的独占が適用され、「競争の実質的制限」には至らず「公

⁴⁰ 本稿 第4章 第3節 参照。

⁴¹ ライバル費用引上げに関し、川濱教授は費用引上げを測定するためのベースラインを問題とし、「単なる協力拒否であれば、協力を行わないことを基準として、反事実的想定によって、直ちに費用引上げの効果をもたらしたと評価することはできない」と述べる(川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌 139 巻 6 号(有斐閣・2009 年) 600 頁)。また、同様の観点から Melamed も新規取引拒絶をライバル費用引上げ戦略として構成することに否定的見解を述べる。Melamed によれば、ライバル費用引上げ戦略は、排他的行為が実行されたことにより、当該排他的行為が実行されなかった場合と比べて競争者の費用が引き上げられた事案に適用すべきであるとし、新規取引拒絶の事案は、当該新規取引拒絶がなされなければ、競争者において費用が節約できたであろうところ、拒絶されたことにより費用が節約できなかったに過ぎず、これをライバル費用引上げ戦略として構成することに否定的立場を採る(A. Douglas Melamed, 'Evolving Antitrust Treatment of Dominant Firms: Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusal to Deal', 20 Berkeley Tech. L.J. 1247 (2005), 1262)。なお、この反事実的想定は利益犠牲の考え方にも当てはまる。

⁴² このようにベースラインを設定することが妥当するならば、新規取引拒絶に関して、少なくとも支配的事業者が安易に取引義務を課す状況(およびこれにより非効率な事業者を保護してしまう状況)は回避でき、競争過程(適者生存の淘汰のプロセス)の保護という考え方に整合するものと解される。

⁴³ この「程度の違い」論については、山部教授による『「競争の実質的制限」と公正競争阻害性における『自由競争の減殺』の差異』は、「内容あるいは質的な違いではなく、両者に差異があるとしても同一平面上の程度の違いの問題である」との理解を参照した(山部俊文「公正競争阻害性・再論」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号(有斐閣・2009 年)24 頁)。

正競争阻害性」のレベルに止まるものであれば不公正な取引方法が適用される。

従って、法適用に際しては「競争の実質的制限」の認否をめぐる分析・検討・評価が必要となる。

1-2-1. 排除型私的独占ガイドラインの観点から

排除型私的独占ガイドラインによれば、「競争の実質的制限」とは「市場支配的状态の形成・維持・強化」であると定位され、その解釈の基礎として「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態を形成・維持・強化することをいう」と判示した NTT 東日本事件東京高裁判決⁴⁴を引用する。

上記にて「市場支配的状态」は「市場支配力」と同義と解されるが⁴⁵、この「市場支配力」の解釈に関して学説上、これを価格等の取引条件を支配できる力と捉える「統合型市場支配」の立場と、これに市場の開放性を妨げる力をも含むと捉える「閉鎖型市場支配」の立場があるところ⁴⁶、同ガイドラインは価格等の取引条件を支配できる力を市場支配力と観念するものであり、「統合型市場支配」の立場にあることを示している。

また、「競争の実質的制限」の認否においては、一律に特定の基準によって判断するのではなく、個別具体的な事件毎に、事実を構成する諸要素を総合的に考慮して判断するとしており、考慮要素として下記 5 項目を掲げる。

ア) 行為者の地位及び競争者の状況⁴⁷

イ) 潜在的競争圧力⁴⁸

ウ) 需要者の対抗的な交渉力⁴⁹

エ) 効率性⁵⁰

オ) 消費者利益の確保に関する特段の事情⁵¹

⁴⁴ NTT 東日本事件東京高裁判決・後掲注 158。

⁴⁵ 参照 金井＝川濱ほか・前掲注 1, 176 頁、根岸哲 編『注釈 独占禁止法』〔川濱昇執筆部分〕(有斐閣・2009 年)65～66 頁。

⁴⁶ その学説の状況については、本稿 第 9 章 第 2 節を参照。

⁴⁷ 具体的には、行為者の市場シェア及びその順位、市場における競争状況、および競争者の状況が考慮される(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 3-2(2))。

⁴⁸ 具体的には、制度上の参入障壁の程度、実態面での参入障壁の程度、および参入者の商品と行為者の商品との代替性の程度が考慮される(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 3-2(2))。

⁴⁹ 需要者の行為者に対する交渉力が弱い場合、競争を実質的に制限していると判断されやすいとしている(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 3-2(2))。

⁵⁰ 行為者の排除行為に付随して、事業活動の効率性の向上がもたらされ、行為者が競争的な行動をとることが見込まれる場合には、競争の実質的制限の判断に際してこのような事情が考慮されるとしており(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 3-2(2))、いわゆる「効率性の抗弁」により違法性を阻却する余地を認める。

⁵¹ 排除型私的独占ガイドラインによれば、問題となる行為が、安全、健康等の「公共の利益」に係わる場合、これらの要素を「競争の実質的制限」の判断に際して考慮するとしており、競争に与える影響とい

もっとも、同ガイドラインは、これら 5 つの考慮要素について、着眼点や分析視角に有意な示唆を与えるものではあるが、考慮すべき優先順位や重み付けについての言及は無く、「競争の実質的制限」の認定プロセスを明確な形で説明したものであるとは言い難い。従って、本稿との関連においては、単独・直接の取引拒絶という行為類型に「競争の実質的制限」を認定する上で、如何なる要素が優先的に考慮され得るのか、或いは、重要視され得るのかを検討することは一つの論点であり、本章本節以降で検討する判審決の分析においてこの点を確認することとしたい。

1-2-2. 排除行為該当性の認定との連繋

排除型私的独占の判断においては、「排除行為」の認定と「競争の実質的制限」の認定で重なる部分が多いとされ⁵²、また、「排除行為」の認定が、「競争の実質的制限」の認定にも用いることができる場合、「排除行為」の認定を「競争の実質的制限」の認定に反映することは、立証の容易性、充実という観点からも望ましいため⁵³、両者を接続的に捉えることが有益と思われる。

前章で論及した「折衷的推定説」は、排除行為の存在それ自体を、「競争の実質的制限」を認定するための一つの有力な証拠と位置付けるものであり、経験則により、市場支配力(統合型市場支配としての価格支配力)の形成・維持・強化を推認するものである⁵⁴。

すなわち、ある事業者が競争者に対して単独・直接の取引拒絶を行い、能率競争に反する形で当該競争者が市場から排除され、若しくは、当該競争者の競争機能が低下し、当該競争者の事業が困難になる場合、当該取引拒絶は「排除行為」として認定されるとともに、当該取引拒絶が実効性を伴って行われたことそれ自体から、上記「単独・直接の取引拒絶」における『統合型市場支配』の形成・維持・強化、すなわち「競争の実質的制限」を推認することが考えられよう。

もっとも、この「折衷的推定説」による「競争の実質的制限」の推認アプローチは、反論・反証が予定される場合、排除行為の存在それのみで「競争の実質的制限」の認定が完結しないという問題があり、別途、排除行為の存在以外の要素により「競争の実質的制限」を認定する必要があるが⁵⁵、「排除行為」の認定と「競争の実質的制限」の認定を接続的に捉えて合理的に違法を推定するものであり、違法推定アプローチとしての意義を認めるこ

う観点から判断するとの立場を示している。これは、競争によりもたらされる価値と「公共の利益」とされる価値を比較衡量するものではなく、競争を構成する諸要素として、安全や健康等の考慮事項を「競争の実質的制限」の要件該当性の議論の内に包摂するものであると解される(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 3-2(2))。

⁵² 参照 滝澤・後掲注 158, 125 頁。

⁵³ 参照 山田・前掲注 3, 10 頁。

⁵⁴ 参照 本稿 第 9 章 第 2 節。

⁵⁵ 参照 山田・前掲注 3, 10 頁。

とは首肯されよう。

《小括》

以上、「流通・取引慣行ガイドライン」、「知的財産ガイドライン」、および「排除型私的独占ガイドライン」の検討、ならびに比較法的考察を踏まえ、単独・直接の取引拒絶の違法審査においては以下のような判断枠組みが考えられる。すなわち、

- ①：単独・直接の取引拒絶は不公正な取引方法の禁止規定(19 条)と私的独占の禁止規定(3 条前段)何れの規定にも服し得る行為類型であるが、何れの規定も排除行為該当性が要件であり、問題となる単独・直接の取引拒絶が排除行為であることを認定する必要がある。
- ②：「流通・取引慣行ガイドライン」、「知的財産ガイドライン」、および「排除型私的独占ガイドライン」によれば、排除行為該当性を認定する上で、二つの要素が必要とされていると解され、一つは「目的の不当性」であり、他の一つは「効果の不当性」である。
- ③：上記 3 つのガイドラインによれば、「目的の不当性」については、「能率競争に反する競争者の排除」に見出されていると解され、他方、「効果の不当性」については、「競争者の事業活動困難性」に見出されていると解され、単独・直接の取引拒絶を排除行為と認定する上で、これらの存在を裏付ける証拠を提示する必要がある。
- ④：本稿における比較法検討によれば、「目的の不当性」としての「能率競争に反する競争者の排除」は「短期的利益犠牲」を証拠として推認することが考えられ、「効果の不当性」としての「競争者の事業困難性」は「ライバル費用引上げ」を証拠として推認することが考えられる(もっとも、「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」は継続取引拒絶については既存の取引関係をベースラインとして論証することが可能であるが、新規取引拒絶についてはベースラインを欠くため、別途、異なるアプローチが必要となると考える)。
- ⑤：単独・直接の取引拒絶の排除行為該当性が認定された場合、法適用の問題として、不公正な取引方法を適用するか、それとも私的独占を適用するかの判断が必要となるが、その判断は競争に及ぼす影響の「程度の違い」の認定、すなわち「競争の実質的制限」の認否 により行われる。

- ⑥：排除型私的独占ガイドラインによれば、「競争の実質的制限」は「市場支配力の形成・維持・強化」であるとされ、ここでの市場支配力は「価格等の取引条件を支配できる力」という価格支配力を意味しており、いわゆる「統合型市場支配」の立場を採る。
- ⑦：また、排除型私的独占ガイドラインによれば、「競争の実質的制限」は、一律に特定の基準によって判断するのではなく、個別具体的な事件毎に、事実を構成する諸要素を総合的に考慮して判断するとしており、考慮要素として、ア)行為者の地位及び競争者の状況、イ)潜在的競争圧力、ウ)需要者の対抗的な交渉力、エ)効率性、およびオ)消費者利益の確保に関する特段の事情を掲げるが、具体的に、単独・直接の取引拒絶という行為類型について「競争の実質的制限」を認定するうえで、これら諸要素をどのように考慮するのか明確な形で提示するには至っていない。
- ⑧：なお、排除型私的独占は、「排除行為」の存在を要件としており、「排除行為」の認定が、「競争の実質的制限」の認定にも用いることが出来る場合には、立証の容易性という観点からこれを活用することが望ましい。この主旨から、排除行為(不当な単独・直接の取引拒絶)が実効性を伴って行われたことそれ自体から経験則によって統合型市場支配力の形成・維持・強化、すなわち「競争の実質的制限」を推認する「折衷的推定説」のアプローチは合理的な違法推定アプローチとしての意義を有していると解される。

以上のような認識の下、本節以下では、実際の審決において排除行為の認定が上記のような二つの要素に基づいて行われていたのか否か、また、これら二つの要素を「短期的利益犠牲」および「ライバル費用引上げ」によって論証することが妥当と言えるのか否か確認する必要がある。そして、競争の実質的制限の認定においては如何なる要素が重視されていたのか、また、「排除行為」の認定と「競争の実質的制限」の認定を「折衷的推定説」の観点から接続的に行うことは妥当と言えるのか否かについて確認することとしたい。

なお、流通・取引慣行ガイドラインや排除型私的独占ガイドラインでは、規制すべき単独・直接の取引拒絶として、川上市場における支配的事業者が川下市場でも事業活動を行っており、川上市場における当該支配的事業者が川下市場の事業者(すなわち、川下市場で競合する競争者(潜在的競争者をも含む))を経済活動から排除する目的で投入要素へのアクセスを拒絶する、いわゆる「垂直的排除行為(vertical foreclosure)」⁵⁶としての取引拒絶が専ら問題視されており、本稿以下では主としてこの形態の取引拒絶(単独・直接の垂直的継

⁵⁶ EUでは競争当局のガイドライン等で排除行為の外形/形態に着目してこのような分類がなされており、詳しくは本稿 第7章 第2節を参照。

続取引拒絶(Type B)および単独・直接の垂直的新規取引拒絶(Type Y))を検討の対象とすることとしたい。

第2節 審決への当てはめによる検討・検証

これまで、我が国において単独・直接の取引拒絶の違法性が争われた事案は必ずしも多いとは言えず、単独・直接の取引拒絶は判例・審決の蓄積に乏しい行為類型とされる⁵⁷。また、再販売価格維持や排他条件付取引といった独禁法上違法な行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が実行される事案では、審査の主眼は取引拒絶の違法性ではなく、当該違法な行為の存否に置かれるため⁵⁸、取引拒絶それ自体の違法性が正面から取り上げられた事案は極めて限定される。

以下では、まず、単独・直接の垂直的継続取引拒絶(Type B)に関し、公取委の審決が終局的判断として確定した事案を取り上げ、公取委のガイドラインを基礎として立論した前節の違法性判断の枠組みを検証してみたい。

これに該当する事案としては東洋製罐事件勧告審決が挙げられる⁵⁹。当該事案は独禁法違反行為としては取引拒絶以外の行為をも含み、事案の全体像を理解し評価するには多岐にわたる論点を分析・検討する必要があるが、以下では本稿におけるテーマとの関係から主

⁵⁷ 鈴木教授によれば、「協同組合のような事業者の結合体が事業者として取引拒絶を行ったり、他の事業者が取引拒絶を行わせた場合や、事業者団体が構成事業者またはその取引先事業者が取引拒絶を行わせた場合は、形式的には単一の行為主体として単独行為のように関係法条が適用されるが、実質的には、競争関係にある同業者の結合体が行うものであるから、共同行為の範疇に入るものである」との見方を示した上で、単独の取引拒絶がこれまでに不正な取引方法の一般指定2項に違反するとされた事案37件(昭和57年6月に改正される以前の不正な取引方法の一般指定1項違反を含む)は全て何らかの共同性を伴う取引拒絶であり、純粋に単独・直接の取引拒絶が不正な取引方法に違反するとされた事例はないと分析する(鈴木孝之「取引拒絶でみる不正な取引方法の構成要件の在り方」白鷗大学法科大学院紀要 第2号(2008年)135頁～144頁)。

⁵⁸ 向田教授によれば、「独占禁止法上の他の条項に該当する違法な行為が成立する場合には、取引拒絶は、その実効性確保手段として、当該違法行為に吸収される」との理解から、個別に取引拒絶として違法とする必要はないとの見方を示す(今村成和ほか編『独占禁止法講座V 不正な取引方法〔上〕』[向田直範執筆部分](商事法務・1985年)97頁)。また、事案としては、第二次大正製薬事件勧告審決(昭30・12・10 審決集7巻99頁)において、大正製薬が多数の特約店と締結した排他約款が旧一般指定7項(現行一般指定11項(排他条件付取引))に該当するとともに、当該約款の強制手段として、違反者に対する取引を中止したことが旧一般指定1項(現行一般指定2項(その他の取引拒絶))に該当するとされた。

⁵⁹ なお、公取委の審決によって単独の取引拒絶が違法と認定された事案は他にもあるが、専ら単独・間接の垂直的継続取引拒絶の事案である。例えば私的独占として違法認定されたニプロ事件審判審決(平18・6・5 審決集53巻195頁)であり、同事件は西日本地区のアンプル生地管供給市場において支配的地位にあったニプロが、外国の生地管製造業者を排除し輸入生地管の流通を阻止すべく、輸入生地管を扱うナイガイに対して従来継続していた取引を拒絶したものであり、事案としては競争者である外国の生地管製造業者の排除を目的とした単独・間接の垂直的継続取引拒絶である。或いは、不正な取引方法(一般指定2項)として違法認定された松下電器産業事件勧告審決(平13・7・27 審決集48巻187頁)であり、同事件は家庭用電気製品の販売分野において有力な事業者であった松下電器産業が、廉売を行っている小売店に対して自社の商品を流通させないよう、代理店や小売店に要請した(拘束条件を付した)ものであり、事案としては拘束条件付取引等の独禁法上違法な行為の実効性を確保する手段として単独・間接の垂直的取引拒絶(具体的には、販売数量の制限、リベートの減額、販売価格の引上げ)に及んだものである。

として取引拒絶に焦点を絞った分析・検討を行うこととする。

また、当該事案は川下市場における競争者を排除すべく川上市場において取引拒絶を行った事案ではなく、川上市場(自家製缶が可能な食缶の取引市場)で競合する競争者(および潜在的競争者)を排除すべく、従来継続していた川上市場(自家製缶ができない食缶の取引市場)での取引を拒絶した事案である⁶⁰。

本稿で論じている典型的事案とは異なるが、一方の市場における独占力(排除行為)を利用して他方の市場における競争を制限するという点では、違法性の判断基準について典型的事案と同様に考えられるため、本稿では Type B の事案と位置付け分析・検討する。

2-1. 東洋製罐事件勧告審決(1972 年)⁶¹⁾⁶² 【Type B】

<事案の概要>

1971 年(昭和 46 年)当時、我が国における主な製缶業者は、東洋製罐、大和製罐、北海製罐、本州製罐、四国製罐、三国金属等の 13 社で、これら 13 社は我が国の食缶のほとんど全てを供給していた。これら 13 社の食缶総供給量に占める東洋製罐のシェアは約 56%であり、業界第 2 位の大和製罐のシェアは約 23%であった。

東洋製罐は、自社または関連会社等の名義で本州製罐、四国製罐、北海製罐、および三国金属の株式を所有し、役員を派遣する等によりこれら 4 社を支配しており⁶³、東洋製罐にこれら 4 社を加えたシェアの合計は約 74%であった。

東洋製罐は、缶詰製造機械の販売や貸与、缶詰の販売斡旋、資金援助等を活用することにより缶詰製造業者(東洋製罐等の製缶業者から食缶の供給を受けて缶詰を製造する事業者)の自社への依存度を高めており、また、同社が多種類の缶型を製造していることから、缶詰製造業者の同社に対する依存度はかなり高い状況にあった。

しかし、缶詰製造業者の中にはコスト低減を図るため自家製缶(自家消費用の食缶の製造)を企図する者が現れ、東洋製罐は、自社の販売数量が減少し、ひいては食缶業界における自社の地位に悪影響を及ぼすとして自家製缶に基本的に反対の方針をとり、自家製缶を行う缶詰製造業者に対しては、自家製缶できない食缶の供給を停止するなどにより自家製缶の開始を阻止するよう努め、下記①～③にみる状況を生じせしめた。

①：鳥取県所在の丸神海産と大篠津食品が川崎製鉄の協力を受けて両社の自家製缶会社である神和工業を設立した際に、東洋製罐は丸神海産に対し、神和工業に自社も出資し

⁶⁰ 競争の実質的制限を認定した一定の取引分野については、食缶の取引分野全体を捉えている。

⁶¹ 東洋製罐事件勧告審決(昭 47・9・18 審決集 19 巻 87 頁)。

⁶² 本件審決に関する評釈として、松下満雄・商事法務 612 号 7 頁、根岸哲・ジュリスト 524 号 109 頁、金子晃・昭和 47 年度重要判例解説・ジュリスト 535 号 194 頁(金子①)、富山康吉・独禁法審決・判例百選〔第 2 版〕18 頁、龍田節・独禁法審決・判例百選〔第 3 版〕26 頁、金子晃・独禁法審決・判例百選〔第 4 版〕32 頁(金子②)、向田直範・独禁法審決・判例百選〔第 5 版〕26 頁、白石忠志・独禁法審決・判例百選〔第 6 版〕24 頁、横田直和・経済法判例・審決百選 34 頁。

⁶³ 東洋製罐による株式保有比率(関連会社等の名義も含む)は、本州製罐で約 81%、四国製罐で 71.5%、北海製罐で約 29%、三国金属で 50%という有意に高い状況であった。

てその経営に参画し、同社を自社の下請工場とすることを申し入れたが、丸神海産は不足する食缶の供給を千葉製罐等の東洋製罐の支配の及ばない製缶業者から受けることの確約を得て、東洋製罐の申し入れを拒絶したため、東洋製罐は丸神海産への食缶の供給を停止した⁶⁴。

- ②：東京都所在の大洋食品は、同社工場に隣接する土地を買収する等して自家製缶の準備を進めていたが、前記①の通り、丸神海産および大篠津食品が自家製缶を企図して神和工業を設立したことに伴い、東洋製罐が丸神海産に対して食缶の供給を停止したため、大洋食品は自社が自家製缶を開始した場合、現状では自家製缶できない食缶を円滑に調達することが不可能になるとの危惧を抱くに至った。また、東洋製罐が大洋食品に対し自家製缶開始の真偽を確かめた際に、大洋食品は自家製缶の開始をほのめかしつつ、東洋製罐に対して食缶販売価格の引き下げを要求し、東洋製罐がこれに応えたため、大洋食品は自家製缶の開始を断念した。
- ③：千葉県所在の深井産業は、予てから自家製缶開始について検討を進めていたが、前記①の通り、丸神海産および大篠津食品が自家製缶を企図して神和工業を設立したことに伴い、東洋製罐が丸神海産に対して食缶の供給を停止したため、深井産業は前記②の大洋食品と同様の危惧を抱くに至り、自家製缶の開始を断念した。

<審決の要旨>

審決は「東洋製罐は、本州製罐、四国製罐、北海製罐および三国金属の事業活動を支配し、また、かん詰製造業者の自家製かんについての事業活動を排除することにより、公共の利益に反して、わが国における食かんの取引分野における競争を実質的に制限しているものであり、これは私的独占禁止法第二条第五項の規定に該当し、同法第三条前段の規定に違反するものである」として、東洋製罐に対し、食缶の供給を停止することにより取引先缶詰製造業者の自家製缶開始を排除してはならないと命じた⁶⁵⁾⁶⁶。

⁶⁴ なお、審決によれば、東洋製罐の丸神海産に対する食缶の供給停止に追隨して、大和製罐は、従来より食缶を供給していた大篠津食品に対してその供給を停止したとあるが、このような同調的協調関係が形成された要因として、食缶原材料である食缶用ブリキの供給のほとんどを新日本製鉄(その前身である八幡製鉄と富士製鉄)に依存していたことを指摘する立場がある。根岸教授によれば、大和製罐は八幡製鉄から永年にわたり資本参加、役員派遣、技術支援を受けており、食缶用ブリキのほぼ全量を八幡製鉄より調達していた。他方、東洋製罐は食缶用ブリキの約半分を過半数株式を所有する東洋鋼板から調達していたが、東洋鋼板の株式の20%は八幡製鉄が所有しており、東洋鋼板は食缶用ブリキの原料であるホットコイルのほぼ全量を八幡製鉄と富士製鉄の2社から購入していた。このように東洋製罐と大和製罐は食缶原材料の供給元を同じくし、複雑な資本関係の影響下にあったことから、食缶業界の非競争的な市場構造が形成・強化されたと解される(根岸・前掲注 62, 112 頁)。そして、このような背景事情を踏まえて、本件を「新日鉄合併審決の後遺症」と評する論者もある(富山・前掲注 62, 19 頁)。

⁶⁵ なお、東洋製罐の支配行為に対する排除措置としては、北海製罐の事業活動に干渉してはならないこと、所有する北海製罐の株式について5%を越える部分を処分すること等が命じられた。本審決で支配行為に対する排除措置が北海製罐に関する措置に限定され、他の三社に関する措置が何ら命じられなかったことに関して不十分との批判(横山・前掲注 62, 35 頁)もあるが、公取委としては違反行為を排除するのに必要な措置を命じればよく(独禁法7条1項)、私的独占を構成する全ての要因を除去する必要はないとされる(龍田・前掲注 62, 27 頁、白石・前掲注 62, 25 頁)。

⁶⁶ 東洋製罐に追隨して取引拒絶を行った大和製罐(業界第2位：シェア約23%)に対して、少なくとも不公

＜検討＞

本件で審決は、支配行為と排除行為とを区別してはいるが、学説上、「両行為は排斥し合うものではなく、いずれとも評価しうる」⁶⁷とされ⁶⁸、本審決も支配行為と排除行為の相互作用に着目した判断を行っており、「本審決の支配と排除の使い分けは、まず妥当なものであろう」⁶⁹との評価が与えられている⁷⁰。また、東洋製罐による「支配」行為と「排除」行為を総合して、一つの「競争の実質的制限」の存在を指摘し、「支配」「排除」という 2 条 5 項の文言が、相互に排他的なものではないことを例証した点に先例としての価値を見出す立場がある⁷¹。

他方、本審決に対しては、「私的独占の構成要件である『他の事業者の事業活動の排除』に該当するには不十分である」として違反事実の立証の不十分さを指摘する立場があり⁷²、私的独占規制の基本的性格が事後規制であることに鑑みれば⁷³、丸神海産が食缶の供給停止によって受けている影響、およびその程度について明らかにされる必要があると思料される⁷⁴。

そして、本件の個別事例に関しては、排除行為該当性を明確な形で認定することが必ずしも容易ではない状況が見出される。すなわち、①の事例では、丸神海産は川崎製鉄や千葉製罐の支援を受けて食缶の代替供給ルートを確保しており、従って、丸神海産は排除の

正な取引方法(一般指定 2 項)を適用すべきであったとの指摘があり(松下・前掲注 62, 10 頁)、また、これが東洋製罐との意思の連絡のもとに行われたとすれば、大和製罐も東洋製罐と「通謀」して排除行為を行ったとして違反に問われたであろうとの見方がある(伊從寛=矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』[平林英勝執筆部分](青林書院・2000 年)58 頁)。

⁶⁷ 根岸・前掲注 62, 116 頁(注釈 1)。

⁶⁸ この点に関し、「何らかの人為的行動が市場支配につながるものを三条が広く対象にしているのであって、三条後段でとらえられる共同行為以外のものは前段の対象となる。三条前段の適用において、支配か排除かは必ずどちらかに選択されなければならないものでもないが、措置との関係で適当に選ばればよいのが通常である」とされる(富山・前掲注 62, 19 頁)。

⁶⁹ 富山・前掲注 62, 19 頁。

⁷⁰ 本審決では、北海製罐の工場新設阻止行為は支配行為と評価され、自家製缶開始阻止行為は排除行為と評価されているが、前者が排除行為、後者が支配行為とも評価できるとする(根岸・前掲注 62, 116 頁(注釈 1)、富山・前掲注 62, 19 頁)。

⁷¹ 白石教授によれば、本件審決は「合わせ技一本」の理論構成をとったものと評価する。すなわち、『「合わせ技一本」は、同一の市場に影響を与えている複数の行為が全体として私的独占の違反要件を満たすという場合に、個々の行為が独禁法のいずれかの違反類型の違反要件を満たすか否かを問うことなく、使うことのできる論理構成」であり、私的独占の定義規定(2 条 5 項)が抽象的・包括的であることを活用した違法認定であるとする(白石・前掲注 62, 25 頁、白石忠志「函館新聞とアンブル生地管」法学教室 244 号 88 頁)。

⁷² 金子①・前掲注 62, 196 頁。

⁷³ 独禁法 2 条 5 項は私的独占を「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより」「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」と定義し、行為の事実とその事後的な効果を評価・検証することを要求しており、基本的には 3 条前段は事後規制として発動されることが予定されている。もっとも、独禁法 89 条は第 1 項第 1 号で既遂罪としての私的独占および不当な取引制限の罰則を規定しているが、第 2 項ではこれらの未遂罪も罰すると規定する。

⁷⁴ 金子教授もこの点を違反事実の立証が不十分な点として指摘する(金子①・前掲注 62, 196 頁(もっとも、被審人が違反事実について争わない勧告審決にはよく見られる傾向として甘受しつつ、審決の先例形成機能を考えた場合、新しいケースや重要なケースの場合には勧告審決であっても十分な立証と理由付けが望まれるとする))。

危機に直面するには至っておらず、また、必ずしも丸神海産の事業活動が困難な状況に陥っているとも言い難いため、東洋製罐と丸神海産の間で展開された対抗行動は、正常な競争の範囲内と解することも出来なくはないと思われる。或いは、②の事例では、大洋食品は自家製缶の開始こそ断念したものの、自家製缶をほのめかすことにより東洋製罐との取引を有利な条件に変更することに成功しており、事業活動が困難な状況になったとは評価し難い。

しかしながら、本審決については、個別事情に必要以上に注目しすぎると「審決の読み方としては、深読みとなる」との指摘があり⁷⁵、「むしろ、食缶製造業者の東洋製罐に対する依存度に一般的に言及した部分のほうで、本件審決に即して『競争の実質的制限』の判断基準を議論する場合には、理論的に興味深い」との見方がある⁷⁶。

そこで、一般的言及部分に関して改めて検証すると、東洋製罐が缶詰製造機械の販売や貸与、資金援助等を通じて依存度を高めていた状況から、缶詰製造業者は東洋製罐との取引において関係特殊的投資を行っていたと推察され、また、審決によれば、東洋製罐は自家製缶を行う缶詰製造業者に対して自家製缶できない食缶(東洋製罐の市場シェア等を踏まえれば、缶詰製造業者にとっては不可欠となっている食缶)の供給停止を政策的に推進していたとある。従って、本件は自家製缶を行う缶詰製造業者を排除する目的の下、その手段として取引拒絶が行われ、この点に「目的の不当性」が認められるとともに、缶詰製造業者は食缶の供給を停止された局面で、取引に固有の費用が顕在化ないし発生し、事業活動が困難な状況に陥るであろうことが推察され、この点に「効果の不当性」を認めることが出来よう。

また、従前継続していた取引の停止は経済的に不合理で「短期的利益犠牲」を伴うものであることから、本件取引拒絶は食缶業界における支配的地位の維持を意図した略奪的で反競争的な目的が存在することを推認させ、食缶の供給を停止された局面で、缶詰製造業者には取引に固有の費用が顕在化ないし発生し、いわゆる「ライバル費用引上げ」としての費用負担が実際に生起したと言い得ることから、本件取引拒絶は「短期的利益犠牲」と「ライバル費用引上げ」を根拠に排除行為該当性を認定することも可能であると解される。

他方、食缶の取引分野における競争の実質的制限に関して、審決は、東洋製罐の市場シェアと缶詰製造業者の東洋製罐に対する依存度を重視し、東洋製罐が市場支配力を有することを推認している。また、既に市場支配力を有する東洋製罐が自家製缶を企図する缶詰製造業者に対して取引を拒絶することにより、萎縮効果として自家製缶を断念した他の缶詰製造業者が存在すること(事例②③)、および大和製罐が東洋製罐に追随して食缶の供給を

⁷⁵ 白石・前掲注 62, 25 頁。

⁷⁶ 白石・前掲注 62, 25 頁。また、本件行為の影響範囲に関して「全国的に東洋製罐の方針に実効性があるとして、全国市場を認定した」(伊従＝矢部〔平林執筆〕・前掲注 66, 70 頁)との見方がなされていることから、「審決の読み方」としては各事例よりもむしろ一般的言及部分を重視すべきことが首肯され、何より審決の排除措置命令が、事例の缶詰製造業者個々に対する食缶の供給停止を禁止したのではなく、食缶の供給停止を全面的に禁止したことからもうかがえよう。

停止した事実から東洋製罐が市場支配力を有するとの推認を補完するとともに⁷⁷⁾78、市場支配力を有する東洋製罐が排除行為に及ぶことにより当該市場支配力が維持・強化されたと評価している。

また、本件を「折衷的推定説」から「競争の実質的制限」を推認する場合、東洋製罐の排除行為の実効性が問題となるが、上記にて東洋製罐の市場シェアと缶詰製造業者の東洋製罐に対する依存度を考慮すれば、その実効性は高いと評価することが首肯され、経験則により「競争の実質的制限」を推認することは許されよう⁷⁹⁾。

《小括》

以上、過去の審決を題材として、単独・直接の垂直的継続取引拒絶に関し、前節で公取委のガイドラインをベースに立論した違法性判断の枠組みの検証を行ってみた。サンプルとした審決の件数が一件と少なく、また典型的な単独・直接の垂直的継続取引拒絶の事案ではないことから、必要且つ十分な検討を為し得たとは言えないが、「排除行為該当性」については、競争者の排除という「目的の不当性」、および、競争者の事業活動の困難性という「効果の不当性」を認定することが実際の審決においても求められていることが確認され、また、これらを「短期的利益犠牲」の証拠および「ライバル費用引上げ」の証拠から認定することの妥当性と可能性も一定程度見出せたと解される。

他方、「競争の実質的制限」については、審決は「統合型市場支配」に立脚しつつ、市場支配力(価格支配力)の認定に際して、事案を構成する諸要素のうち、「行為者の市場シェア」と「取引の依存度」が重要視されていると解され、市場シェアの高い事業者が取引依存度の高い競争者に対して、単独・直接の取引拒絶を行う場合、市場支配力の形成・維持・強化がもたらされとの認識に立つものと解される。

本節で検討した東洋製罐事件は「単独・直接の垂直的継続取引拒絶」の典型的事案ではないが、問題性が類似している事案であり、一般論として、①「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」を手掛かりとして「目的の不当性」と「効果の不当性」の存否を識別

⁷⁷⁾ 萎縮効果や追従現象は東洋製罐に市場支配力が無ければ生じないと解される(参照 横田・前掲注 62, 35 頁)。

⁷⁸⁾ 市場支配力(統合型市場支配としての価格支配力)を認定するための判断要素としては、「直接的な判断要素(市場成果に係るもの)」と「間接的な判断要素(市場、商品・役務の特徴に係るもの)」があるとされ、従来、市場支配力は「間接的な判断要素」を中心に推認し、「直接的な判断要素」はこれを補完するものとして利用されてきたとされる(参照 山田・前掲注 3, 8 頁～9 頁)。東洋製罐事件勧告審決において、市場シェアや取引先の依存度は「間接的な判断要素」であり、萎縮効果や追従現象は「直接的な判断要素」であると解され、本審決においても「間接的な判断要素」に基づく推認を「直接的な判断要素」が補完する形で利用されている。

⁷⁹⁾ NTT 東日本事件最高裁判決の調査官解説において、一般論として「他者排除事案においては、経験則上、通常であれば競争の実質的制限の状態が生じているものと推認することが許されよう」との見方が示され、「特に、市場シェアが高い行為者が競争者排除を行った場合には、このように事実上の推定をすることにはより合理性が高いと考えられる」との立場を示す(岡田・後掲注 159, 3180～3181 頁)。

し排除行為該当性を判断すること、および、②行為者のシェアの高さと競争者の取引依存度の高さに着目しつつ、当該排除行為の実効性を評価し、競争の実質的制限の存否を推認すること(すなわち、「折衷的推定説」によるアプローチ)はある程度の確度をもって妥当といえるのではなかろうか。

取引先選択の自由との関係で、慎重な判断が求められる単独・直接の取引拒絶規制において、当事者に認識可能な違法性判断基準を提示するところに本稿の意義と目的がある。

「何らかの形で当事者にとって自分の行っている行為が社会を害するものであると認識できないことには、その法を遵守するすべはない」⁸⁰との説示に見られるように、自律的な競争法規範を形成する上で、当事者にとって、行為の違法/適法に関する基準を認識可能な形で一般論として提示することは法政策上極めて重要な処置であり配慮であると考え。「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」は少なくとも両当事者にとって知覚可能な情報であり⁸¹、「行為者のシェア」や「競争者の取引依存度」も両当事者において把握可能な情報である⁸²。

従って、「当事者に認識可能な違法性判断基準を提示する」上で、これらを違法要件(「排除行為」および「競争の実質的制限」)を証明する際の証拠として援用することが示唆される。

なお、本節では「既に取り関係にある状態」をベースラインとする継続取引拒絶を扱ったが、次節では、「未だ取引関係に無い状態」をベースラインとする新規取引拒絶について規制の在り方を検討する。

第3節 単独・直接の新規取引拒絶に対する違法性判断基準

3-1. 単独・直接の新規取引拒絶の規制根拠

不公正な取引方法の一般指定 2 項は継続取引拒絶のみならず新規取引拒絶をも規制の対象とする⁸³。同項の法文は文言上両者の規制について何らの区別を設けていないが、学説は継続取引拒絶と新規取引拒絶とを区別して規制すべきことに概ね合意が見られ⁸⁴、両者の規

⁸⁰ 川濱・前掲注 41, 588 頁。

⁸¹ 「短期的利益犠牲」は利益を犠牲にする行為者の側において知覚可能(被行為者においても推定可能)であり、「ライバル費用引上げ」は費用が引き上げられる被行為者において知覚可能(行為者においても推定可能)である。

⁸² 一般に与信管理上の基本情報として流通している企業情報は容易に入手可能であり、市場シェアは業界順位や売上規模から、取引依存度は主要得意先構成から把握可能であろう。

⁸³ 根岸哲編『注釈 独占禁止法』〔根岸哲執筆部分〕(有斐閣・2009 年)358 頁。

⁸⁴ 波光巖「単独の取引拒絶」『競争法の現代的諸相(下) 厚谷襄児先生古希記念論集』(信山社・2005 年)651 頁、実方謙二ほか著『独占禁止法講座Ⅴ 不公正な取引方法〔上〕』〔向田直範執筆部分〕(商事法務研究会・1985 年)79 頁、平林英勝「NTT 東日本による FTTH サービスの私的独占事件審決の検討」判例タイ

制根拠が異なることを示唆する。もっとも、規制根拠を「何に求めるか」については見解に相違が見られ、競争秩序に及ぼす影響の有無に求める立場⁸⁵、取引当事者間における信頼関係の有無に求める立場⁸⁶、或いは、競争法上の論理的整合性の差異に求める立場⁸⁷等が唱えられており、未だ議論が収束するには至っていない。また、これら学説は規制根拠が異なるであろうことを認識・示唆しつつも、規制根拠が異なることを前提とした規制基準を提示するには至っていないように思われる。とりわけ、新規取引拒絶については取引先選択の自由との関係で規制に慎重であるべきとの指摘⁸⁸がなされてはいるが、さらに一步踏み込んで、「いかなる場合に新規取引拒絶を規制すべきか」についての明確な論究はなされていない。

このような状況は、公取委の示すガイドラインにおいても同様にうかがえる。流通・取引慣行ガイドラインでは、「従来供給していた」原材料の供給停止を単独・直接の取引拒絶の例示として掲げ⁸⁹、継続取引拒絶については規制が必要となる局面を積極的に想定しているが、新規取引拒絶については例示がなくガイドラインに記載の文言からも規制スタンスは明らかであるとはいえない⁹⁰。また、知的財産ガイドラインにおいても例示を用いて積極的に言及しているのは継続ライセンス拒絶であり⁹¹、新規ライセンス拒絶に対する規制スタンスは明確には読み取れない。これに対し、排除型私的独占ガイドラインは例示として新規取引拒絶の事例を掲げ、新規取引拒絶をも包摂する形で規制することを示唆しており、継続取引拒絶と新規取引拒絶とを区別して規制すべきとする上記学説とは異なる立場をと

ムズ 1246 号(2007 年), 79 頁。

⁸⁵ 波光教授によれば、「継続的取引関係にあった者との取引拒絶と新規の取引開始の拒絶とは区別して考えるべきである」としつつ、規制根拠に関しては「継続的取引関係にあるものはその取引関係がある状態で競争を行っているものであり、有力な事業者などからの取引拒絶によって競争上不利益がもたらされることは明らかである一方、取引関係がないものは当該事業者とは取引関係がない状態で競争を行っている(又は競争を行っていない)のであり、有力な事業者などとの新規取引が拒絶されても競争秩序の変化は何ら生じていないからである」とする(波光・前掲注 84, 651 頁)。この考え方は本稿にいう「ベースライン問題」を踏まえた見解である。

⁸⁶ 向田教授によれば、「継続的取引関係がある場合には、将来もそれが継続するという信頼関係が成立しているといつてよいから、新規申込みの拒絶の場合よりも継続的取引関係の取引の拒絶の場合の方が、拒絶の不当性が認められる場合が多いであろう」とされる(実方ほか〔向田執筆〕・前掲注 84, 79 頁)。

⁸⁷ 平林教授によれば、「従来取引関係のあった事業者と取引を停止する場合はともかく、新規の取引の申込みに対して拒絶することを独占禁止法上違法とすることには慎重でなければならない」としつつ、「とりわけ競争者からの取引の申込みに対する拒絶を違法とすることは、市場支配的企業に取引義務を課すばかりでなく、競争者に対し競争するのではなく協力を強制することになるから慎重でなければならない」とする(平林・前掲注 84, 79 頁)。

⁸⁸ 「取引を開始するか否かについては、まさに取引先選択の自由原則に任されるべきであって、余程例外的な場合を除いて取引開始拒否を違法とすることはできないと考えられる」(波光・前掲注 84, 651 頁)というのが学説における一般的な認識と思われる。

⁸⁹ 流通・取引慣行ガイドライン・前掲注 5, 第 1 部 第 3-2 の例示②および③(例示②③については、前掲注 9 を参照)。

⁹⁰ なお、一般指定を策定した担当官の解説によれば、「しかしながら、単独の場合は、取引条件等で合意が成立しないためなどの理由から、新規申込みを拒絶しても公正競争阻害性を有することは少ないであろう」(田中寿『不公正な取引方法・新一般指定の解説』(商事法務研究会・1982 年)45 頁)とされ、新規取引拒絶の規制の必要性は限定的・消極的に捉えられている。

⁹¹ 知的財産ガイドライン・前掲注 6, 第 4-2(1)および(2)((1)(2)の例示は何れも事後的なライセンス拒絶(すなわち、継続ライセンス拒絶)であり、その概要は前掲注 17 および注 18 を参照)。

る⁹²。もっとも、排除型私的独占ガイドラインにみる規制スタンスは、継続取引拒絶と新規取引拒絶とを一体的に捉えつつも、基本的には「個別具体的な事案の状況」を「総合的に考慮する」というものであり⁹³、未だ違法要件を一般化された形で提示するには至っておらず、その規制基準は必ずしも明確であるとは言い難い。

従って、我が国の独禁法は継続取引拒絶と新規取引拒絶の双方を規制の対象として捕捉しているが、両者を区別した上で各者を各様に規制する根拠や基準、或いは、両者を一体的に捉えてこれを規制する根拠や基準については未だ確立されておらず、とりわけ新規取引拒絶の規制根拠や規制基準については学説および公取委実務の知見や蓄積は十分であるとは言えず、検討・分析に資する手掛かりに乏しい、というのが現在の実状といえよう⁹⁴。

他方、米国や EU では取引拒絶の規制法理として EF 理論(Essential Facilities Doctrine: 「不可欠施設の法理」とも称されるが、以下同様に「EF 理論」という)が唱えられ⁹⁵、とりわけ EU においては新規取引拒絶の規制法理として裁判所と当局の双方で積極的な運用が試みられており⁹⁶、このことから、我が国においても新規取引拒絶の規制の在り方を考える上で、EU と同様に EF 理論が一つの選択可能なアプローチ方法として想定される。

⁹² 排除型私的独占ガイドラインによれば、「ある事業者が、供給先事業者が市場(川下市場)で事業活動を行うために必要な商品を提供する市場(川上市場)において、合理的な範囲を超えて、供給の拒絶、供給に係る商品の数量若しくは内容の制限又は供給の条件若しくは実施についての差別的な取扱い(以下「供給拒絶等」という。)をすることは、川上市場においてその事業者に代わり得る他の供給者を容易に見出すことができない供給先事業者(以下「拒絶等を受けた供給先事業者」という。)の川下市場における事業活動を困難にさせ、川下市場における競争に悪影響を及ぼす場合がある」とし、その具体例として後述の NTT 東日本事件東京高裁判決(後掲注 158)を掲げ、新規取引拒絶をも規制対象とすることを示唆する(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(1)および(3))。

⁹³ 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(2)および第 3-2(2)。

⁹⁴ 後述の NTT 東日本事件最高裁判決(後掲注 159)において、NTT 東日本による新規取引拒絶が違法と認定されたが、本判決で示された違法性判断の枠組みとその射程については、本件事案の特殊性に注意を要するとの指摘があり(泉水②・後掲注 159, 81 頁)、本判決をもって新規取引拒絶の規制基準が一般化・明確化されたとはいえず、むしろ本判決を起点として新規取引拒絶に対する規制の在り方についての議論が本格化するものと思料される。

⁹⁵ EF 理論は米国の下級審において独占化行為を規制するための判例法理として形成された。MCI 事件連邦控訴裁判決(MCI Communications Corp v. AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), [hereinafter, 'MCI'])によって定立された違法要件によれば、i) 独占者によって施設が支配されており、ii) 当該施設を複製することが非現実的又は非合理的であり、iii) 独占者が当該施設の使用を拒絶しており、iv) 独占者が当該施設を利用させることが可能である場合、当該施設は「不可欠施設」として観念され、当該不可欠施設に対するアクセス拒絶はシャーマン法 2 条に違反する独占化行為と定位するとともに、当該不可欠施設を占有する独占者にアクセス義務を課す法理である(参照 本稿 第 3 章 第 2 節)。もっとも、連邦最高裁はこれまで EF 理論を採用したことがなく、EF 理論に対して消極的な姿勢を採る(Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004))。

⁹⁶ EU では欧州委員会と欧州司法裁判所が市場支配的地位の濫用行為規制において、新規取引拒絶および新規ライセンス拒絶に対して EF 理論を積極的に採用している(欧州司法裁判所は「EF 理論」という明示的表現を用いたことは無いが、規制法理として採用している)。Microsoft 事件第一審裁判所(現一般裁判所)判決(Case T-201/04 Microsoft v. Commission, [2007] ECR II -3601, [hereinafter, 'Microsoft CFI'])では、市場支配的事業者のライセンス拒絶に対し、①当該拒絶行為が隣接市場(neighboring market)における特定の事業活動に不可欠な製品・サービスを対象とし、②当該拒絶行為が隣接市場における有効な競争(effective competition)を排除するものであり、③当該拒絶行為が潜在的な消費者需要のある新製品の出現を妨げ、④当該拒絶行為に客観的な正当化事由が無い場合、当該拒絶行為は EU 機能条約 102 条に違反する濫用行為として規制される(参照 本稿 第 8 章 第 3 節)。

しかしながら、この EF 理論に関しては、平成 15 年(2003 年)の「独占禁止法研究会」において「独占・寡占規制の見直し」が検討された際に立法化の是非について議論が展開された⁹⁷ものの、結果的に「立法化」は見送られた経緯がある。

以下では、同研究会が提言として取りまとめた「独禁法研究会報告書」(以下、「報告書」という)⁹⁸を巡る議論の状況を概観し、まずは EF 理論に関する独禁法上の論点や法的位置付けを確認することとする。

3-2. 独占禁止法研究会報告書を巡る EF 理論立法化の論争

3-2-1. 独占・寡占規制見直し議論の背景

独占禁止法研究会に「独占・寡占規制見直し検討部会」が設置された平成 15 年(2003 年)当時の問題意識として、昭和 52 年(1977 年)法改正で導入された独占的状态⁹⁹に対する措置規定(8 条の 4)を今日的な観点から見直す必要性が指摘されていた¹⁰⁰。同条は市場構造の寡占化に伴う下方硬直的な価格形成(いわゆる管理価格問題¹⁰¹)に対応するため、独占的状态に対して企業分割等を命じる規定であるが¹⁰²、導入以来、一度も発動されていない。

かつて、1960 年代から 70 年代の米国において、産業組織論の立場から、市場構造(Market Structure)が市場行動(Market Conduct)を、市場行動が市場成果(Market Performance)を因果的に規律するとの SCP パラダイム(S-C-P paradigm)が唱えられ¹⁰³、反競争的な市場成果の根本原因は因果的連関の起点にある独占・寡占的市場構造に帰せられるとし¹⁰⁴、政府介入によってこの独占・寡占的市場構造それ自体を競争的に改変すべしとの方向性が見出され¹⁰⁵¹⁰⁶、反トラスト政策に有意な影響を及ぼした¹⁰⁷。

⁹⁷ 公正取引委員会は平成 14 年 10 月以降、「独占禁止法研究会」(座長は宮澤健一教授)を開催し、独禁法研究会の下に「独占・寡占規制見直し検討部会」(座長は後藤晃教授)と「措置体系見直し検討部会」(座長は根岸哲教授)が設置され、EF 理論の立法化の要否は「独占・寡占規制見直し検討部会」で検討された。なお、研究会・検討部会は合計 17 回開催され、平成 15 年 10 月に報告書(後掲注 98)が取りまとめられた。

⁹⁸ 独占禁止法研究会「独占禁止法研究会報告書」平成 15 年 10 月。

⁹⁹ 「独占的状态」は 2 条 7 項で定義され、市場規模 1,000 億円以上の事業分野において、シェア 50%超であつて、且つ、著しく高い利益率を得ている等の場合に「独占的状态」と評価される。

¹⁰⁰ 報告書・前掲注 98, 36 頁。

¹⁰¹ 管理価格問題とは、寡占的市場構造の下で、寡占的相互依存関係が働き、何らかの人為的な行為がなくとも事業者間に協調的な行動が成立し、価格競争が回避される状況をいう(岸井大太郎ほか著『経済法〔第 5 版〕』(有斐閣・2006 年)193 頁)。

¹⁰² 本条 1 項但書により、企業分割命令が規模の経済性を損ない、国際競争力を維持することが困難になる等の場合、および企業分割以外に競争回復に別の代替措置が存在する場合には命じられない。また、本条 2 項は、公取委がたとえ企業分割を命じるとしても、配慮すべき事項を 8 項目定めている。

¹⁰³ いわゆるハーバード学派が依拠した理論的分析枠組みであり、J.S Bain らによって体系化が図られた(佐藤一雄『米国独占禁止法』(信山社・2005 年)69 頁)。

¹⁰⁴ SCP パラダイムの要点は、因果的連関が順次一方向に不可逆(Structure⇒Conduct⇒Performance)であると考えられた点にある(長岡貞男＝平尾由紀子『産業組織の経済学』(日本評論社・2003 年)13 頁)。

¹⁰⁵ 当時の構造規制の典型的事案として Brown Shoe 事件連邦最高裁判決(Brown Shoe v. United States, 370 U.S. 294 (1962))がある。本件は全米で第 3 位(シェア 4%)の Brown Shoe 社が、第 8 位(シェア 0.5%)の Kinny 社の株式を所有して結合したことに対し、当局が当該結合は競争を減殺し独占を形成するおそ

わが国でも昭和 40 年代以降(1965 年以降)、寡占的管理価格や買占め売り惜しみに象徴される独占・寡占が引き起こす諸問題に対する措置が検討されていたところ¹⁰⁸、独禁法上違法とされる「行為」を伴わない場合には、これら「状態」を十分に規制できないと考えられ¹⁰⁹¹¹⁰、昭和 52 年法改正で純粹構造規制¹¹¹とされる 8 条の 4 が独禁法に盛り込まれるに

れがあるとして訴追し、最高裁が Brown Shoe 社と Kinny 社の完全分離を命じた事案である。今日的視点から見れば、本件事案の市場集中度は低く、違反とされることはないと思われる。

¹⁰⁶ 政策面の動向として、例えば、反トラスト法の改正を企図した Johnson 大統領の命により 1968 年に Phil C. Neal がまとめた「ニール報告書(the Neal Report)」では、「集中産業法(Concentrated Industries Act)」の制定が提案され、その内容は、司法長官が集中度の高い寡占産業(上位 4 社の合計シェアが 70% 以上の産業)に対して、企業分割(どの企業もシェアが 12%を超えることのないよう分割)を命じるというものであり、また、集中度が比較的高い寡占産業(上位 4 社の合計シェアが 50%以上の産業)に対しては、企業合併(当事会社にシェア 10%を超える企業を含む場合の合併)を許可しないというものであった。もっとも、同法は Johnson 大統領が再選に失敗したことにより実現することはなかったが、当時の反トラスト政策が構造規制を志向していたことを端的に物語る象徴的事例といえよう(Herbert Hovenkamp, 'Introduction to The Neal Report and the Crisis in Antitrust', 5 Competition Pol'y Int'l 217, 217-218 (2009))。

¹⁰⁷ 1960 年代から 70 年代にかけてハーバード学派は反トラスト政策をリードし、産業組織論に基づく構造主義は 1968 年の司法省による合併ガイドライン(1968 Marger Guidelines)として結実し、独占の大企業の分割を図る等の極めて厳格な政策を導いた(Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy 4th ed.", 43 (2011))。

¹⁰⁸ この当時、我が国における産業体制の寡占化傾向の進展に伴い、その市場構造および競争実態に著しい変化が生じつつあったことに鑑み、これら変化に即応して独占禁止政策を有効・適切に推進すべく、公取委が広く各界の有識者を招聘して独占禁止政策の在り方を検討する「独占禁止懇話会」が設置された(初回会合は昭和 43 年(1968 年)11 月 26 日、会長は脇村義太郎東京大学名誉教授)。同懇話会は学界、言論界、産業界、消費者団体、中小企業団体等における有識者で構成され、管理価格や流通系列化、適用除外カルテル、国際取引等について議論が重ねられた。

¹⁰⁹ 独占禁止懇話会は昭和 44 年(1969 年)2 月以降、管理価格について 10 回にわたり議論を行い、同 45 年(1970 年)7 月 28 日に「管理価格問題についての中間的とりまとめ」を公表した(公正取引委員会編『公正取引委員会年次報告(独占白書 昭和 46 年版)』(大蔵省印刷局・1971 年)14 頁以下)。その中で、管理価格問題への対策については、「立法論としての企業分割などの考え方は、市場構造に直接関与する点で現行独占禁止法の運用よりも対策としてはより基本的なものであろうが、私企業の自由に着しく立ち入るのみでなく、分割をおそれて企業が事業活動を消極的にするなどの弊害も考えられ、さらに企業税制上の問題もあり、慎重な検討が必要であろう」との認識に立ち、企業分割という構造的措置を採ることについては慎重な姿勢を示していた(同 26 頁)。しかし、その後も同懇話会では管理価格問題について掘り下げた議論が重ねられ、昭和 48 年 2 月から 6 月にかけて行われた「管理価格等についての自由討議」で示された見解としては、「管理価格対策として政府が価格規制を行なったり、上位企業にハンディを課するという方法は好ましくなく、また、国有化も非能率であるとすれば、有効な方法としては企業分割しなく、適当な機会に旧第 8 条に相当する規定を復活すべきである」との提言が取りまとめられ、企業分割という構造的措置を採ることに積極的な姿勢を示すに至っている(公正取引委員会事務局編『流通系列化(管理価格・再販制度) 独占禁止懇話会資料Ⅳ(昭和 47 年 4 月～昭和 48 年 9 月)』(大蔵省印刷局・1974 年)113 頁)。

¹¹⁰ 独占的状态に対する措置の立法化が議論されていた昭和 52 年当時の認識としては、「従来の独占禁止法では、他の企業を支配・排除して競争を制限する私的独占に対しては、行為の差止め、営業の一部の譲渡を命ずる排除措置を取ることができた」とする一方で、「しかし、通常の事業活動によって独占的な状態が生じ、国民経済に弊害をもたらすようになって、競争を回復させるための措置をとることはできなかった」との見方がなされており、行為規制の及ばない領域にある独占・寡占問題に対しては、状態規制で解決すべしとの方向性が見出され、企業分割立法が必要とされた(来生新「私的独占の禁止・独占的状态に対する措置」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開[1]』(三省堂・2002 年)238 頁)。

¹¹¹ 昭和 52 年に 8 条の 4 が制定される以前にも純粹構造規制とされる法制度は存在した。過度経済力集中排除法(昭和 22 年(1947 年)制定、同 30 年(1955 年)廃止)、および原始独占禁止法(昭和 22 年(1947 年)制定、同 28 年(1953 年)改正)における不当な事業能力の格差排除規定(旧 8 条 1 項(但し、適用事例なし))である。

至った。

しかしながら、その後の経済状況や産業実態は大きく変化しており、独禁法により迅速・効果的な対処が必要とされる独占・寡占問題も同条の制定当時と大きく状況を異にする。報告書は独占・寡占問題の今日的な対象として二つの領域に関心を示しており、一つは、従来自然独占¹¹²と考えられてきた電気・ガス・電気通信・航空等の公益事業分野における近時の競争導入過程での独占問題であり、もう一つは、最近の技術革新・情報通信技術の進展に伴い顕在化したネットワーク外部性¹¹³に基づく技術標準の形成過程における独占問題である¹¹⁴。

また、独占・寡占問題へのアプローチとしては構造規制よりも行為規制、とりわけ参入阻止行為を迅速・効果的に除去するほうが競争政策上有効・妥当と考えられるようになり¹¹⁵、規制概念を基礎付ける経済理論にも顕著な変化がもたらされた¹¹⁶。

このような状況変化を背景として、報告書は、今日的な独占・寡占問題に対処するうえで、独占的状态に対する措置規定(8 条の 4)等が十分に機能し得るか、そうでなければどのように見直しを行うべきかについて検討を試み、提言を行っている。

3-2-2. 独占・寡占問題に対する報告書の基本的な考え方

報告書は、公益事業分野での競争導入過程における独占問題と、技術標準の形成過程における独占問題に関し、両者に共通した特徴として、自然独占性やネットワーク外部性により競争者が自ら有効に競争可能な設備や技術を構築することが極めて困難であり、事実上、既存事業者の設備や技術を利用しないと市場において事業活動ができない点を指摘し、

¹¹² 規模の経済(供給規模が拡大するにつれて、財・サービス 1 単位あたりの費用である平均費用が低下すること)、範囲の経済(ある企業が複数の種類の財・サービスを生産するときに必要なその企業の費用の合計が、個々の財・サービスを単独で生産するときの費用の合計に比べて小さいこと)により、そのまま市場を放置しておくとも自然と独占状態となってしまうような状況をいい、供給側の巨額の費用通減性や巨額の投資の必要性が認められる場合が多く、政府の規制によって独占とされている市場に多く見られるとされる(報告書・前掲注 98, 37 頁が参照する「内閣府国民生活政策ホームページ用語解説」より)。

¹¹³ そのネットワークに参加する人数が多いほど、そのネットワークの価値が高まるという現象のことであり、ネットワーク効果ともいう。多くの人がそのネットワークに参加することによって、利用者側の効用が増加し、それがさらに人々のネットワークへの参加を促進する効果がある(報告書・前掲注 98, 37 頁が参照する平成 13 年度内閣府委託調査「ネットワーク社会における規制の在り方に関する調査」報告書(平成 14 年 5 月、三菱総合研究所)34～35 頁より)。

¹¹⁴ 報告書・前掲注 98, 36 頁。

¹¹⁵ Baumol によって唱えられたコンテストابل・マーケット理論(Contestable Market Theory)によれば、市場構造が独占的・寡占的状态であったとしても、参入が自由で退出コストが低ければ(すなわち、埋没費用(sunk cost)が存在せず、参入と退出が活発に生起するコンテストابلな市場である場合には)十分に競争的な市場を実現し得るとする(William J. Baumol, 'Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure', 72 American Economic Review 1, 3-4 (1982))。

¹¹⁶ 1970 年代の後半以降、ハーバード学派に代わって台頭したのがシカゴ学派である。R H. Bork や R A. Posner といった論者に代表されるシカゴ学派は「効率性の達成」を反トラスト法の唯一の法目的として定位しつつ、消費者余剰(consumer welfare)ないし総余剰(total economic welfare)の増大という観点から反トラストの問題を評価・判断し、経済分析に基づく理論的整合性と予見性を重視する(Richard Schmalensee, 'Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust', "How the Chicago School Overshot the Mark", 12-13 (2008))。

当該設備や当該技術の「利用市場」において、いかに公正な競争を確保するかが喫緊の課題であるとする¹¹⁷。

<公益事業分野における独占問題>

従来、事業法規制下で自然独占が認められていた公益事業分野においては、既存事業者によって構築された施設がいわゆる不可欠施設等¹¹⁸である場合、その利用が確保されなければ競争原理が有効に機能しない懸念があるとし、不可欠施設等を単独で専有し又は共有する事業者が、利用市場において自ら事業活動を行うと同時に、他の事業者にも当該施設等を利用させている場合には、不可欠施設等の保有部門と営業部門が同一であり構造上分離されていないため、不可欠施設等を専有する事業者は当該利用市場において有利な立場で事業を展開できることから、以下のような行為が行われた場合には競争上の問題が生じ得るとする。すなわち、

- (ア) 不可欠施設等の利用を拒否し又は差別し或いは取引上の制限・義務付けをする行為¹¹⁹。
- (イ) 不可欠施設等を単独で専有し又は共有する立場を利用して競争者等への顧客の移動を阻止又は妨害する行為¹²⁰。
- (ウ) 不可欠施設等の利用権を国その他の公的主体により排他的に割り当てられている複数の事業者による同調的な参入阻止行為¹²¹。

¹¹⁷ 報告書・前掲注 98, 37 頁。

¹¹⁸ 報告書にいう不可欠施設等とは、「事業を行うに当たり必要不可欠であるが、投資等を行うことにより有効に競争を行うことが可能な施設等を新たに構築することが現実的に困難と認められる施設」とされ、具体的には、

(1)自然独占性(供給側の費用逓減性、巨額の投資の必要性)又はネットワーク外部性を有し、あるいは、希少資源であってその利用権を国その他の公的主体が排他的に割り当てている施設、権利及び情報成果物等(以下『施設等』という)であること(自然独占又はネットワーク外部性の要件)。
(2)財・サービスを提供するにあたりその利用が必要不可欠であること(必要不可欠性の要件)。
(3)当該財・サービスに係る一定の取引分野において事業活動を行い又は行おうとしている者(以下『競争者等』という)が、当該施設等と有効に競争可能な施設を自ら構築することが経済的、技術的又は法律上その他の理由により著しく困難であること(対抗施設等の構築の困難さの要件)の3要件を不可欠施設等を定義する基本要件としつつ、規制の対象とすべき不可欠施設等については、これら3要件に加え、
(4)競争者等に対して適切な条件により利用させることが必要と認められること(利用の必要性の要件)を加重要件とし、これら4要件を満たす場合に当該不可欠施設等を規制の対象にすべきとの考えを提示する(報告書・前掲注 98, 38 頁および 51 頁)。

¹¹⁹ 報告書は「ADSL サービスを競争者等が行うに当たり、新規参入者のみに加入者回線網の接続を拒否したり、接続条件を自己の関係事業者よりも不利な条件とすること」を例示として掲げ、この例示に該当する具体的な警告事例として、NTT 東日本事件(平成 12 年 12 月 20 日 私的独占のおそれ警告)、NTT 東日本・西日本事件(平成 13 年 12 月 25 日 不当な顧客誘引又は取引妨害のおそれ警告)を参照する(報告書・前掲注 98, 別紙 36)。

¹²⁰ 報告書は「自ら専有する送電網等を利用して自由化対象需要家に電力を供給している事業者が、送電網等を保有することによって得られる新規参入者及び需要家に関する情報を基に、当該需要家に対して新規参入者と契約しないように働きかけること」を例示として掲げ、この例示に該当する具体的な警告事例として、北海道電力事件(平成 14 年 6 月 28 日 私的独占のおそれ警告)を参照する(報告書・前掲注 98, 別紙 36)。

¹²¹ 報告書は「ある航空路線において相当の割合の発着枠の割当てを受けた複数の既存事業者が、通謀を行わず、並行して、特定の競争者等の参入がなされた路線に時間的に近い便についてのみ値下げを行うこ

このような行為に対しては、独禁法上迅速・効果的に対処する必要があると指摘する¹²²。

＜技術標準における独占問題＞

ソフトウェア、半導体等の分野において、需要のネットワーク外部性が存在する場合には、事実上の標準(de facto standard：報告書にいう「技術標準」)が形成され、それが不可欠施設等となり、補完財等の利用市場にもその影響が及ぶとされる。もっとも、通常は、技術標準が確立すれば製品の便益は拡大し、これを前提に企業が活発な競争を展開し、その競争を通じて消費者の便益も向上するため、競争政策上、技術標準の形成それ自体を問題視する必要はないとされる。しかしながら、以下のような対抗技術の排斥行為や技術標準の利用市場における参入阻止行為が行われた場合には競争上の問題が生じ得るとする。すなわち、

- (イ) 不可欠施設等に該当する技術標準の対抗技術の形成を排除する行為¹²³
- (ロ) 不可欠施設等に該当する技術標準の利用拒否、差別、取引上の制限・義務付けをする行為¹²⁴
- (ハ) 不可欠施設等に該当する技術標準を単独で専有し又は共有する立場を利用して競争者等への顧客の移動を阻止又は妨害する行為¹²⁵

このような行為に対しては、独禁法上迅速・効果的に対処する必要があると指摘する。

3-2-3. 独占・寡占規制に関する報告書の提言

以上のような現状認識と問題意識に基づき、報告書は独占的状态に対する措置規定(8 条の 4)の見直しの方向性として、「独占的、寡占的な市場構造に直接介入するのではなく、参入阻止行為を迅速、効果的に排除しうるような制度を基本とすべ」きとし¹²⁶、具体的には「シェアが高いことや価格が下方硬直的であったり利益率が高いなどの競争の静態的な状況をみて、企業分割を中心とした構造措置を採ることを基本とするのではなく、具体的な

とにより当該競争者等の事業活動を困難にするおそれが生じる場合」を例示として掲げ、この例示に該当する具体的な改善措置事例として大手航空 3 社事件(平成 14 年 9 月 30 日 私的独占のおそれでの自主的な改善措置を要請)を参照する(報告書・前掲注 98, 別紙 36)。

¹²² 報告書が(ア)～(ウ)の例示で参照する具体的事例(前掲注 119～121)は、いずれも迅速性を優先させる観点から公取委が警告等で対応した事例であるとする(報告書・前掲注 98, 別紙 36)。

¹²³ 例えば、「不可欠施設等に該当する技術標準のインターフェース情報を競争事業者に対して十分に開示しないことにより、対抗技術の形成を妨げる」場合を例示として掲げる(報告書・前掲注 98, 42 頁)。

¹²⁴ 例えば、「不可欠施設等に該当する技術標準を利用したサービス提供を行おうとする競争者等に対して、インターフェース情報を十分に開示しない(傍点筆者)」場合を例示として掲げる(報告書・前掲注 98, 42 頁)。

¹²⁵ 例えば、「パソコン OS のインターフェース情報を専有する事業者が、インターフェース情報を利用して作成するソフト(例：音楽、映像ソフト)の市場において、競争相手であるソフト製造業者に対して当該 OS のインターフェース情報を開示したとの情報を OS 部門から入手した上でこれを利用して、ソフトの営業部門がユーザーに対して競争者等のソフトを購入しないように働きかける」場合を例示として掲げる(報告書・前掲注 98, 43 頁)。

¹²⁶ 報告書・前掲注 98, 44 頁。

参入阻止行為により参入が妨げられているといった競争の動態的な状況をみて、参入の機会を確保するために必要な措置を採ることを基本とすべきである」との考えを示す¹²⁷。

そして、規制の対象としては今日的な独占問題が発生している不可欠施設等が存在する分野であるとし、禁止すべき行為として、①不可欠施設等の利用拒否、差別又は取引上の制限・義務付け、②不可欠施設等を単独で専有し又は共有する立場を利用して競争者等への顧客の移動を阻止又は妨害する行為、③不可欠施設等の利用権を国その他の公的主体により排他的に割当てられている複数の事業者による同調的な参入阻止行為、を掲げる¹²⁸。

また、このような不可欠施設等に対する参入阻止行為等を禁止する規定を新たに設ける場合¹²⁹、独禁法上の法的整合性や法的位置付け、とりわけ私的独占の禁止規定(3 条前段)、及び不公正な取引方法の禁止規定(19 条)との関係を明確にする必要があり、報告書は前者との関係について、不可欠施設等を専有する事業者による参入阻止行為は、その性質上、競争を実質的に制限する蓋然性が高いため、競争制限の状態の程度に応じて正当な理由がない限り違法とする旨の規定を設けるものであるとし、他方、後者との関係について、不可欠施設等を専有する事業者による参入阻止行為は、公正な競争を阻害するおそれがあることは行為の性質上明白であるため、正当な理由がない限り通常の公正競争阻害性の証明よりも簡単な証明で違法認定を行い得る旨の規定を設けるものであるとの立場を示す¹³⁰。

このように、報告書は、不可欠施設等が存在する場合において、競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為は、正当な理由がない限り競争に及ぼす影響に応じて私的独占或いは不公正な取引方法として違法とし、必要な措置(参入阻止行為の差止めとそのために必要な競争回復措置¹³¹)を講じることにより迅速・効果的に対処することを提案するものであり、従来の独占的状态に対する措置規定に代えて、不可欠施設の法理(EF 理論)を明文の規定として立法すべきことを提案する。

3-2-4. 報告書の提言に対する学説からの批判

上記のように、報告書が明文の規定として EF 理論の立法化を提言したのに対し、学説からは「現行法で何が可能か、という省察を怠り、現行法に無用の屋上屋を重ねようとする

¹²⁷ 報告書・前掲注 98, 44 頁。

¹²⁸ 報告書・前掲注 98, 44～45 頁。

¹²⁹ 報告書は、昨今の我が国の重要課題である規制緩和と、これによる市場の活性化を早期に実現するため、不可欠施設等が存在する市場に参入阻止行為規制を立法により取り入れることの意義は大きいと述べる(報告書・前掲注 98, 46 頁)。

¹³⁰ 報告書・前掲注 98, 46 頁。

¹³¹ 報告書は、措置はあくまで参入阻止行為の差止めが原則であるとしつつ、不可欠施設等の保有部門とそれを利用したサービス提供の営業部門との機能的な分離をしないと違反行為が繰り返される可能性が高い場合、追加的な措置として、不可欠施設等の使用条件の情報公開、不可欠施設等の保有部門と利用市場の営業部門との情報の遮断、不可欠施設等に係る収益による利用市場への内部補助の禁止等を公取委が競争回復措置として採ることができるよう明確化すべきと提言する(報告書・前掲注 98, 53 頁)。また、報告書は、前記の競争回復措置を講じてもお参入阻止行為が防止できない場合には、企業分割措置として垂直的構造分離の余地を残すとしている(報告書・前掲注 98, 53 頁)。

試みである」との批判や¹³²、「独占状態規制が対処すべき診断については賛同できるものの、処方箋に関しては、規制対象となる範囲が不明確な上、EF理論についても実施が透明かつ迅速に行われるような要件の明確化が十分ではない」として慎重な検討を求める立場があり¹³³、報告書の提言に対して学説は概して消極的ないし否定的である¹³⁴。

以下、報告書の各論に対する批判として、まず、不可欠施設等の定義に関し、これを技術標準における独占問題の観点から、知的財産権の対象ともなる情報成果物にまで拡張している点を「時期尚早の感が否めない」とし、「独占禁止政策上の当面の制度設計としては、疑問の余地のない定義範囲に限っておくのが妥当なのではあるまいか」と慎重さを求める立場がある¹³⁵。或いは、公的主体により排他的に割り当てられた利用権を不可欠施設等と構成していることに対し、利用権を割り当てられた事業者は、これを「他の事業者を利用させることはできないから、同調的利用拒否はありえないし、同調的対抗値下げは不可欠施設の保有とは無関係にもなし得る行為であり、不可欠施設に結び付けて規制を設ける理由がない」との指摘がある¹³⁶。

次いで、禁止行為に関し、高額違約金を伴う長期契約等が禁止行為として例示¹³⁷されていることに対し、「この種の契約が参入抑止効果を持ち、私的独占や不当な拘束条件つき取引となる場合があり得るのは確かである」¹³⁸としつつ、「しかし、これが悪影響を持つのは不可欠設備の有無とは無関係で」とあるとの批判がなされている¹³⁹。また、設備等の利用料金を高く設定する一方で顧客に対して安く販売する内部補助を禁止行為として例示¹⁴⁰していることに対しては、「内部補助そのものが問題をもたらすのではなく、利用料金の不当なつり上げによる価格圧搾として問題なのである」との異論が呈示されている¹⁴¹。そして、このような拙速さが否めない提言の規制スタンスに関しては、「弊害をもたらす行為を広範にとることによって、不可欠設備によって生じる弊害予防のための様々な介入の引き金を引きやすくしたのかもしれない」との推察を与えつつ¹⁴²、「しかし、参入阻止行為等の迅速

¹³² 白石忠志「独占寡占規制見直し報告書について」NBL776号(2004年)54頁。

¹³³ 川濱昇「不可欠設備にかかる独占・寡占規制について」ジュリスト1270号(2004年)64頁。

¹³⁴ 既述の批判的立場のほかに、「このような特別な規定を、あえて新設する必要があると断定することも、にわかには出来ないようにも思われる」(佐藤一雄「独占禁止法上の独占・寡占規制見直しの今日的な意義」『厚谷襄児先生古希記念論集 競争法の現代的諸相(上)』(信山社・2005年)350頁)との懸念や、「このような規制産業分野での新規参入阻止行為について特別な規定まで必要とするかであるが、理論上は不要なものといわざるをえない」(村上政博「平成16年独占禁止法改正をめぐる論点―措置体系と不可欠施設」NBL778号(2004年)25～26頁)との批判がある。

¹³⁵ 佐藤・前掲注134, 347～348頁。なお、その理由として、「事実上の標準化自体は、熾烈な技術開発競争の結果なのであるが、この結果状態とても、今後もうち続く競争の結果、新技術によって変化する可能性が多分に秘められているからである」とする(佐藤・同348頁)。

¹³⁶ 泉水文雄「国等により利用権が排他的に割り当てられている事業者に関する問題」ジュリスト1270号(2004年)67～68頁。

¹³⁷ 北海道電力事件・前掲注120。

¹³⁸ 川濱・前掲注133, 62頁。

¹³⁹ 川濱・前掲注133, 62頁。

¹⁴⁰ NTT東日本・西日本事件・前掲注119。

¹⁴¹ 川濱・前掲注133, 62～63頁。

¹⁴² 川濱・前掲注133, 63頁。

な差止めが問題なのであれば、やはり EF の存在によって危険なものとなる行為を明確な形で指し示すものでなければならないであろう」との苦言が呈されている¹⁴³。

また、独禁法上の法的位置付けに関しては、「専有共有不可欠施設等をめぐる違反要件は、現行法ですでにカバーされている」との認識に立ち¹⁴⁴、不公正な取引方法の一般指定二項が、「取引拒絶の対象となった商品・役務と同種又は類似の商品・役務につき容易に他の取引先を見出し得ないか、又は見出し得ても、取引条件が不利なため、競争者として十分に機能し得ない等当該競争者の取引機会を排除し、その事業活動を困難にさせるおそれがある場合」に公正競争阻害性がある¹⁴⁵と解されていることに鑑みて、「容易に他の取引先を見出し得ないということは、すなわち、取引拒絶の対象となった当該商品役務は不可欠施設等だということである」と指摘し¹⁴⁶、現行法の不公正な取引方法は、報告書の提案する EF 理論と同等のことを既に実現しているとする¹⁴⁷。或いは、同様の見方に立ちつつ、報告書が企図する「規定の新設の意義は、規制の必要上、事柄を明確にさせることだけにある」とし¹⁴⁸、「特殊な事情下にある専有施設を、参入者が利用せざるを得ないような商品・役務の提供市場における当該施設の利用拒否等の行為に対して、『私的独占』の一態様として“違反要件を特に明確にすること”にある」との理解から¹⁴⁹、報告書の提案する EF 理論の明文化は確認的・宣言的規定に止まるとの見方を呈示する。

そして、追加的な競争回復措置に関しては、報告書の提案が参入阻止行為の繰り返しに対してその背景事情となっている行為企業の構造分離を是認するものであることに理解を示し、「ラストリゾートとして垂直的分離の余地を残しておくのが得策」であるとし¹⁵⁰、「あえて切り札¹⁵¹を捨てる必要はない」との見方がある¹⁵²。他方、追加的措置として報告書が

¹⁴³ 川濱・前掲注 133, 63 頁。

¹⁴⁴ 白石・前掲注 132, 50 頁。

¹⁴⁵ 公正取引委員会事務局編『独占禁止法懇話会資料集IX(昭和 56 年 2 月～昭和 59 年 2 月) 経済力の濫用と独占禁止政策—公正な取引の確保を目差して』(大蔵省印刷局・1984 年)335 頁。

¹⁴⁶ 白石・前掲注 132, 50 頁。

¹⁴⁷ なお、白石教授は、「専有共有不可欠施設等をめぐる禁止行為が、現行法の私的独占に該当するか否かについては、議論があり得る」としつつ、「しかし、私的独占の解釈についてどのような考え方が採られるとしても、いずれにしても、不公正な取引方法に該当するのであるから、私的独占の解釈を細かく云々する実益は乏しい」として私的独占該当性の議論を捨象する(白石・前掲注 132, 51 頁。もっとも、「かりに私的独占が課徴金制度の対象となれば、私的独占という違反類型には、課徴金を課す道具としての独自の存在意義が発生することになる」とも付言する(白石・同))。

¹⁴⁸ 佐藤・前掲注 134, 348 頁。

¹⁴⁹ 佐藤・前掲注 134, 350 頁。さらに、佐藤教授は「仮にこの種の明確化の意義が認められる場合、私的独占の禁止は、諸種の排他行為・支配行為の、いわば総合評価による独占行為規制の一般条項なのであり、その排他行為のひとつである不可欠施設の利用拒否等の場合だけを、同規定に関連した例示事項として規定するのも、何かそぐわないものを感じる」とコメントする(佐藤・同 349 頁)。

¹⁵⁰ 川濱・前掲注 133, 64 頁。なお、川濱教授は「独占状態の規制においてはまさに No Fault の独占に対して分割措置が命じられるので過剰規制の疑いが強かった」とし、往時の状態規制と今回の行為規制とで分割措置の意義に違いを見出す(川濱・同)。

¹⁵¹ 独占禁止政策上の究極的排除措置として公取委が企業分割を命じる上で根拠規定となる 8 条の 4 は「めったに抜くことのない“伝家の宝刀”」或いは「最後のゴールキーパー」と形容される(佐藤・前掲注 134, 339 頁)。

¹⁵² 川濱・前掲注 133, 64 頁。また、川濱教授は「垂直的分離は水平的分離に比べれば企業の生存力に深刻な影響を与えないであろうし、競争回復の見通しも立てやすい」との見方を呈示する(川濱・同)。

掲げる不可欠施設等の情報公開、保有部門と営業部門の情報の遮断、内部補助の禁止等は「事前規制」であり、事後規制を標榜する公取委の規制スタンスと矛盾しない制度を構築し得るかについて懸念が示され¹⁵³、また、不可欠施設等への参入阻止行為に対して、違反要件を軽減し、事件の迅速処理を志向する一方で、企業分割という重い措置を講ずるのは「バランスを著しく欠く」との指摘がある¹⁵⁴。

このように、報告書が提案する不可欠施設等への参入阻止行為規制に対して、学説が消極的ないし否定的なスタンスを採るのは、規制発動の違法要件がなお依然として不透明・不明確であることに対する疑念であり、当該規制が明文の規定として立法化された場合の法的透明性や法的安定性に対する懸念によるものである。また、不可欠施設等に係る特定の問題について、このような不透明・不明確な疑念を内在させたまま新たな違反類型として立法化に踏み切らずとも、現行独禁法はその弾力的な運用により既に報告書の提案内容を実現しているとの理解から、独禁法をいたずらに複雑化することには慎重であるべきとの見方に基づくものである¹⁵⁵。

そして、上記のような議論を経て、公取委は「独占・寡占規制見直しについては、今回の改正の対象としない」との判断を下し¹⁵⁶、EF 理論の立法化は見送られた。

《小括》

報告書で議論された EF 理論は、不可欠施設を専有する事業者がその地位を利用して他の事業者の事業遂行を制限する行為を広く規制するものであり、規制法理としては明快である。

しかしながら、同報告書では、私的独占等の既存の禁止規定で規制することの可否、お

¹⁵³ 白石・前掲注 132, 53 頁。

¹⁵⁴ 白石・前掲注 132, 53 頁。

¹⁵⁵ なお、報告書に対して産業界から寄せられた意見も概して批判的であった。例えば、「新たな規制は、不可欠施設等への投資インセンティブを削ぐおそれがある等から不必要、不適切である」（電気事業連合会等）、「公益事業分野や IT 事業分野における公正かつ自由な競争の確保は、現行の独禁法規制により対処可能である」（日本経済団体連合会等）、「仮に今回の新たな規制が、何らかの理由により必要とされるにしても、その場合の対象となる参入阻止行為は不可欠施設等と密接に関連のある行為に限定されるべきである」（日本ガス協会等）。他方、消費者団体は「公益事業分野等において、保有施設や規模の面で圧倒的な優位にある既存の事業者が正当な理由なく施設等の利用を拒否するなど新規参入者に優位する立場を濫用した参入阻止行為に対し、必要な措置を迅速に講じられるようにすることに賛同する」（日本生活共同組合連合会）として好意的であった（「独占禁止法改正の基本的考え方について」別紙 2「独占禁止法研究会報告書に対する意見募集に寄せられた意見の概要」公正取引委員会・平成 15 年 12 月 24 日）。

¹⁵⁶ その理由として、公取委のコメントは「独占禁止法研究会報告書で提起された問題に対しては現行法で十分対応可能であるとする意見、不可欠施設等の概念の不明確性を指摘する意見、事業法との二重規制の問題等を指摘する意見等」があり、これら意見を踏まえて「独占・寡占規制の見直しについては、これらの問題点についてさらに検討を行う必要があり、今回の法改正とは切り離すことが適当であると判断した」というものであった（「独占禁止法改正(案)の概要」別紙 2「独占禁止法見直しに対する指摘及び公正取引委員会の考え方」公正取引委員会・平成 16 年 5 月 19 日）。

よび、不可欠施設を専有する事業者の行為がなぜ規制されなければならないのかという規制根拠についての慎重な検討がなされないまま、立法化の議論が先行してしまったように見受けられる。

EF 理論は典型的には取引拒絶に対する規制法理であり、とりわけ新規取引拒絶の規制を可能ならしめる点に法理としての意義ないし価値が認められるが、同時に新規取引拒絶に対する規制は「取引先選択の自由」という事業者の権利をどのように扱うか、および当該権利を経由して実現される競争促進効果をどのように評価するかといった問題を内在させており、当該権利や競争促進の可能性を制限・制約してでもなお規制を必要とする場合とは如何なる場合であるのか(すなわち、新規取引拒絶を規制する根拠は何か)についての深い考察が必要であったと思われる。

本稿ではここに至るまでの検討において、不公正な取引方法や私的独占といった既存の禁止規定を参照しつつ、継続取引拒絶に対しては「行為の不当性(排除行為該当性)」を当該行為に内在する「目的の不当性」と当該行為に随伴する「効果の不当性」に見出し、前者を「短期的利益犠牲」により、後者を「ライバル費用引上げ」によりそれぞれ基礎付ける見方を提示してきた。また、行為者のシェアが高く、競争者の取引依存度が高い場合には、当該不当な行為(排除行為)の実効性が担保されるとの見方から、競争の実質的制限がもたらされるとの推定を与え、当該継続取引拒絶は独禁法(排除型私的独占)に反して違法であるとの規制根拠を立論してきた。

新規取引拒絶に対しても同様のアプローチで規制根拠を明確化する必要があると考えており、当該新規取引拒絶の規制根拠と規制すべき状況を明確化した上で、我が国における EF 理論の必要性を再度検討し、同理論と既存の独禁法の禁止規定との関係を提示したいと考えている。

従って、本稿以下で考究すべき論点としては、新規取引拒絶の規制根拠は何か？また、学説が述べるように、現行独禁法は EF 理論と同等の規制(すなわち、「単独・直接の新規取引拒絶」に対する規制)を実現しているのか？或いは、現行独禁法は EF 理論と同等の規制法理を内在させているのか？といった事項であろう。

この点に関する興味深い判決が近時最高裁により示されたので、以下にこれを検討する。

3－3．NTT 東日本事件最高裁判決にみる「単独・直接の新規取引拒絶」の規制法理

3－3－1．NTT 東日本事件最高裁判決(2010 年) 【Type Y】

本判決は、排除型私的独占に関する初めての最高裁判決であり、「単独かつ一方的な取引

拒絶ないし販売」行為の独禁法 2 条 5 項への該当性を巡って、審判審決¹⁵⁷、控訴裁判決¹⁵⁸を経て最高裁¹⁵⁹で争われた事案である。

<事案の概要>

NTT 東日本(上告人)は、東日本地区を業務区域とする電気通信事業者であり、光ファイバ設備を用いた戸建て住宅向け通信サービス(以下、「FTTH サービス」という)を提供していた。同地区の各都道府県において FTTH サービス(ビジネス向けも含む)にかかる NTT 東日本の市場シェアは 82%~100%と極めて高い状況であった。また、NTT 東日本は電気通信事業法(平成 15 年法律第 125 号による改正前のもの。以下、「事業法」という)の定めにより、加入者光ファイバ(収容局から加入者宅に設置される回線終端装置までを結ぶための光ファイバ)を他の電気通信事業者に接続する義務を負っていた(事業法 38 条)。

同地区において FTTH サービスを提供する事業者は NTT 東日本のほかに東京電力と有線ブロードがいたが、NTT 東日本の保有する加入者光ファイバが全体に占める割合は、同地区の各都道府県において概ね 70%以上を占めていた。なお、NTT 東日本の保有する加入者光ファイバ(約 380 万芯)のうち、75%が未使用のいわゆるダークファイバであり、FTTH サービスの提供に余力を有していた。また、一般に、加入者光ファイバを設置するには高額な敷設費用を必要とし、都市部での設置工事には期間の制約があり、既設の管路や電柱の賃借手続に多大な労力を必要とする等の困難を伴うため、同地区で自前の加入者光ファイバ設備を設置していた電気通信事業者は NTT 東日本と東京電力および有線ブロードに限られていた。もっとも、東京電力と有線ブロードは保有する加入者光ファイバの芯線数が少なく、その敷設地域も限定的であったことから、FTTH サービスを提供しようとする他の電気通信事業者にとっては、事実上、その接続対象として NTT 東日本の加入者光ファイバ設備以外を選択することは考え難い状況であった。

NTT 東日本は、FTTH サービスに関して「ニューファミリータイプ」と「ベーシックタイプ」の 2 種類のサービスを提供しており、ニューファミリータイプは「分岐方式」(光ファイバ 1 芯を複数の加入者(最大 32 人)で共用する方式)で設備を構成し、接続料金は月額

¹⁵⁷ NTT 東日本事件審判審決(平 19・3・26 審決集 53 巻 776 頁)。本審判審決についての評釈として、柴田潤子・公正取引 681 号 77 頁(柴田①)、平林・前掲注 84, 78 頁、谷原修身・公正取引 684 号 54 頁、村上政博・公正取引 686 号 50 頁(村上①)、東條吉純・ジュリスト 1350 号 88 頁、田中裕明・ジュリスト 1354 号 265 頁、白石忠志『独禁法事例の勘所』(有斐閣・2008 年)277 頁(白石①)。

¹⁵⁸ NTT 東日本事件東京高裁判決(東京高判平 21・5・29 審決集 56 巻第 1 分冊 262 頁)。本高裁判決についての評釈として、滝澤紗矢子・ジュリスト 1383 号 124 頁、土佐和生・公正取引 707 号 16 頁、友岡史仁・ジュリスト 1398 号 269 頁、柴田潤子・速報判例解説(法学セミナー増刊号 vol.6)285 頁(柴田②)、村上政博・判例タイムズ 1316 号 50 頁(村上②)、岸井大太郎・NBL929 号 27 頁、泉水文雄・経済法判例・審決百選 280 頁(泉水①)、白石忠志『独禁法事例の勘所〔第 2 版〕』(有斐閣・2010 年)377 頁(白石②)。

¹⁵⁹ NTT 東日本事件最高裁判決(最判平 22・12・17 民集 64 巻 8 号 2067 頁、判時 2101 号 32 頁、判タ 1339 号 55 頁)。本最高裁判決についての評釈として、泉水文雄・公正取引 726 号 74 頁(泉水②)、川濱昇・ジュリスト 1419 号 106 頁、越智保見・ジュリスト 1422 号 131 頁、大槻文俊・NBL957 号 94 頁、白石忠志・Law and Technology 52 号 14 頁(白石③)、長澤哲也・公正取引 738 号 50 頁、根岸哲・民商法雑誌 144 巻 6 号 802 頁、武田邦宣・ジュリスト 1440 号 252 頁。本最高裁判決の調査官解説として、岡田幸人「最高裁判所判例解説」法曹時報 第 64 巻 11 号(2012 年 11 月)3149 頁。

4,096 円、ユーザー料金は月額 5,800 円とし、他方、ベーシックタイプは「芯線直結方式」(光ファイバ 1 芯を加入者が 1 人で利用する方式)で設備を構成し、接続料金は月額 6,328 円、ユーザー料金は月額 9,000 円として総務省に届け出ていた。

しかしながら、NTT 東日本は総務省に届け出た設備構成とは異なり、ニューファミリータイプを本来の分岐方式ではなく、芯線直結方式により提供しており、接続料金は月額 6,328 円、ユーザー料金は月額 5,800 円(その後 4,500 円に引き下げ)であって、そのユーザー料金は新規事業者が FTTH サービスを提供するのに必要となる接続料金を下回るもの(いわゆる「逆ざや」)であった¹⁶⁰。

公取委は、NTT 東日本(被審人)による本件行為は「加入者光ファイバ設備を有しない他の電気通信事業者が、被審人の加入者光ファイバ設備に接続して戸建て住宅向け FTTH サービス事業に参入することを困難にし、これを排除し」、もって「東日本地区における戸建て住宅向け FTTH サービスの取引分野における競争を実質的に制限する」もののだとして、私的独占の成立を認めた(ただし、当該行為は既になくなっており、排除措置の必要はないとして違法宣言審決を出した)。

これに対し、NTT 東日本は審決を不服として東京高裁に審決取消訴訟を提起したが棄却されたため、最高裁に上告。

<判決の要旨>

上告棄却。

(a) 排除行為該当性について

最高裁は、独禁法の法目的(1 条)が含意する法の趣旨は「事業者の競争的行動を制限する人為的制約の除去と事業者の自由な活動の保障」にあると説示し、この趣旨に鑑みて独禁法 2 条 5 項の排除行為に該当するか否かの判断は、「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」と述べ、具体的には、代替接続先確保の難易、FTTH サービスの特性、本件行為の態様、上告人及び競業者の市場における地位及び競争条件の差異、本件行為の継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断すべきだとした。

その上で、事実関係等を踏まえて、競業者の接続先は実質的に上告人に限定されており、規模の経済性や事後の契約変更が困難という先行者にとって有利なサービス特性等から、本件行為によって、接続する競業者は「いかに効率的に FTTH サービス事業を営んだとし

¹⁶⁰ FTTH サービスのユーザー料金と接続料金との関係について具体的に規制する法令は存在しないが、総務省においては加入者光ファイバ設備を設置する NTT 東日本等の電気通信事業者に対して、ユーザー料金が接続料金を下回るという逆ざやが生じることのないよう行政指導が行われていた(NTT 東日本事件 最高裁判決・前掲注 159、判決書理由 3・(5))。

でも、芯線直結方式による FTTH サービスをニューファミリータイプと同額以下のユーザー料金で提供しようとするれば必ず損失が生ずる状況に置かれることが明らか」であり、また「本件行為期間は 1 年 10 か月であるところ、その間の FTTH サービス市場の状況にかんがみ、当時同市場は急速に拡大しつつあったものと推認されるから、上記の期間は上告人による市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から相応の有意な長さのある期間であった」との認識を示した。

そして、以上から「本件行為は、上告人が、その設置する加入者光ファイバ設備を、自ら加入者に直接提供しつつ、競業者である他の電気通信事業者に接続のための設備として提供するに当たり、加入者光ファイバ設備接続市場における事実上唯一の供給者としての地位を利用して、当該競業者が経済的合理性の見地から受け入れることのできない接続条件を設定し提示したもので、その単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、当該競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にする効果を持つものといえるから、同市場における排除行為に該当する」と判示した。

(b) 一定の取引分野について

最高裁は、ADSL サービス等との需要の代替性を考慮した上で、「FTTH サービス市場は、当該市場自体が独立して独禁法 2 条 5 項にいう『一定の取引分野』であったと評価することができる」と判示した。

(c) 競争の実質的制限について

最高裁は、事実関係等を踏まえて、東京電力や有線ブロードといった既存の競業者による牽制力は十分ではなかったと評価し、「本件行為により、同項(2 条 5 項〔筆者注〕)にいう『競争を実質的に制限すること』、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていたものというべきである」と認定した。

(d) 事業法と独禁法の関係について

最高裁は、「総務大臣が上告人に対し本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可申請命令や料金変更命令を発出していなかったことは、独禁法上本件行為を適法なものとして判断していたことを示すものでないことは明らかであり、このことにより、本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないものというべきである」とし、事業法規制下にある本件事案において、独禁法の適用が妨げられない旨を明示した。

<検討>

(1) 事業法と独禁法との関係、および本件の行為類型

最高裁は本件を事業法上の問題としてではなく独禁法上の問題として捉えている¹⁶¹。予てより事業法と独禁法の双方が交錯する事案においては、何れの法律を適用するかに関して学説上争いがあり、特別法説¹⁶²、独禁法優先説¹⁶³、相互補完説¹⁶⁴等が唱えられてきた。本件では明示の適用除外はなく、また、黙示の適用除外¹⁶⁵を推認させる事情もないため、独禁法の適用は妨げられないとしており、判決は相互補完説を採ったものと考えられる。

また、このことは独禁法が新規取引拒絶を規制する法理論を内在的に具備していることを意味する¹⁶⁶。本判決に至る以前の原審決、原判決を巡る議論においては、本件排除行為の行為類型が争点となっており、略奪価格を主張する立場¹⁶⁷と価格スクイーズ¹⁶⁸を主張する立場¹⁶⁹があった。これに対し、本判決は、本件排除行為を「単独かつ一方的な取引拒絶

¹⁶¹ 「独占禁止法違反を認定するにはあくまで独占禁止法違反の要件を満たす必要がある」(村上①・前掲注 157, 54 頁)とされ、「本判決が、事業法によるルールを主たる根拠としているとはいえないことは、確かであろう」(大槻・前掲注 159, 97 頁)と評される。

¹⁶² 事業法が競争促進を目的として掲げている場合、事業法と独禁法はその趣旨を同じくする法律であり、また前者は後者の特別法の地位にあることを根拠として、事業法上禁止されている行為は独禁法上も禁止され、逆に事業法上認められている行為は独禁法上も合法であるとする立場である(例えば、松下満雄「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針(案)に関する意見」公正取引委員会(2001 年))。

¹⁶³ 事業法規制下にあっても、独禁法による規制が可能であればこれを優先するという立場である(岸井大太郎「公益事業の規制改革と独占禁止法」日本経済法学会編『公益事業の規制改革と競争政策』日本経済法学会年報 第 23 号(有斐閣・2002 年)54 頁)。

¹⁶⁴ 競争促進の規制に関し、独禁法と事業法とは相互に補完しあう関係にあり、明文の適用除外規定がない限り、独禁法の適用は妨げられないとする立場である。各種ガイドラインや審決を通じて公取委が採る立場である(「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」公正取引委員会・総務省(2008 年)、「適正な電力取引についての指針」公正取引委員会・経済産業省(2011 年)、大阪バス協会事件審判審決平 7・7・10 審決集 42 卷 3 頁)。

¹⁶⁵ 事業法上、規制を行っていない分野については、事業法が規制を行っていないことに配慮し、独禁法の適用を差し控えるべきとする理論である(越智・前掲注 159, 133 頁)。従って、黙示の適用除外の下では、独禁法の観点から違法を問わず、結果として当該分野の事案に対して独禁法による違法認定は予定されないと解される。

¹⁶⁶ このことは、本判決が NTT 東日本の新規取引拒絶に対して、事業法の違反に依拠することなく、独禁法の観点から違反があったことを明確に判示したことから言い得よう。

¹⁶⁷ 略奪価格を主張する立場として、白石①・前掲注 157, 279 頁、滝澤・前掲注 158, 125 頁。これら論者からは「本件行為に係る判示(東京高裁判決：筆者注)がコスト割れの議論に相当する」(滝澤・同)との認識が示され、価格スクイーズも「結局、一般の略奪的廉売規制において議論されている費用基準を用いてコスト割れであるか否かを判定する」(白石①・同)に過ぎず、『プライススクイーズ』に該当するからという理由で独禁法上何らかの特別な帰結がもたらされるのであればともかく、そうでないのであれば『プライススクイーズ』なる概念を持ち出す必要はどこにもなく、一般の略奪的廉売規制の枠組みで考えていけばよい」(白石①・同)とする。

¹⁶⁸ 価格圧搾、プライススクイーズ、利益圧搾、マージンスクイーズとも称されるが何れも同義と解され、排除型私的独占ガイドラインによれば「川上市場で事業活動を行うために必要な商品を提供する川上市場における事業者が、自ら川下市場においても事業活動を行っている」場合において、「供給先事業者に供給する川上市場における商品の価格について、自らの川下市場における商品の価格よりも高い水準に設定したり、供給先事業者が経済的合理性のある事業活動によって対抗できないほど近接した価格に設定したりする行為」と説明される(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(1)(注 17))。

¹⁶⁹ 価格スクイーズを主張する立場として、柴田①・前掲注 157, 80~81 頁、東條・前掲注 157, 90 頁、岸井・前掲注 158, 29 頁、泉水①・前掲注 158, 281 頁。これらの論者からは「接続料金とユーザー料金の価格差(逆ざや)を設定した行為を、マージンスクイーズによる新規事業者の排除に当たるとしたと評価することができる」(岸井・同)との見方が示され、「日本の独占禁止法上、価格スクイーズそれ自体を不正な取引方法とする規定はないが、私的独占における排除行為には、従来、『不公正な取引方法』に該当

ないし廉売」行為と認定しており¹⁷⁰、行為類型としては主として単独の取引拒絶¹⁷¹、しかも新規参入を直接的に阻害する取引拒絶であることから単独・直接の新規取引拒絶(より具体的には単独・直接の垂直的新規取引拒絶(Type Y))と定位しており、これを独禁法上の問題として正面から論じている。

(2) 「不可欠施設」の拒絶事案として EF 理論に基づく審査アプローチ

では、どのようなアプローチにより独禁法プロパーの問題として本件単独・直接の新規取引拒絶を違法と構成しているのでしょうか？まずは事実認定に手掛かりと特徴を見出せる。本判決は事実認定において、①NTT 東日本の市場占有率が東日本地区の各都道県で開通件数の 82 ないし 100%を占めるという状況から占有状況にあることを認め¹⁷²、②加入者光ファイバ設備を新たに構築するには多大の費用を必要とすることからその複製は非合理的・非現実的であることを推認し¹⁷³、③NTT 東日本が大量のダークファイバを保有している状況から加入者光ファイバを提供する余力があり共用可能であるにもかかわらず¹⁷⁴、④NTT 東日本は取引義務を回避する手段として価格スクイーズを用いることにより取引拒絶を実現している¹⁷⁵、との状況を見出している。すなわち、上記①～④の事実認定から本件を「不可欠施設」の拒絶事案として構成(その構成要件は米国反トラスト下級審判例法により形成された EF 理論の 4 要件に相当)し¹⁷⁶、EF 理論を適用することが可能な状況にあることを示唆している¹⁷⁷。

もともと、本判決は「不可欠施設」といった文言を直接的には用いておらず、また、後

しない行為も含まれる」(柴田・同 80 頁)との見解が示されている。

¹⁷⁰ 原審決、原判決を通じて錯綜した議論が展開された本件の行為類型に関し、本判決が「単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売」と認定したことを受け、「結局のところ取引拒絶と廉売のハイブリッドと見るのが妥当」であり「無理に出来合いの類型に押し込む必要はない」との見解が示されている(川濱・前掲注 159, 107 頁)。また、本件行為類型に関しては予てより“ハイブリッド的”な見方が提示されており「ここでは、不当廉売や略奪価格としての価格圧搾は、不可欠施設に伴う取引義務を回避する取引拒絶のための手段として使われている」との指摘がなされていた(平林・前掲注 84, 81 頁)。

¹⁷¹ 泉水教授によれば、「具体的判断要素を見る限り、不当廉売に固有な要素はほとんどなく、単独の取引拒絶に係る判断要素が多く見られ」、「判決は、本件行為を基本的には単独の取引拒絶と捉えている」との見方を示す(泉水②・前掲注 159, 76 頁)。白石教授も同様に、本判決は主に取引拒絶の観点から論じているとする(白石③・前掲注 159, 17 頁)。

¹⁷² NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 3(3)。

¹⁷³ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 3(3)。

¹⁷⁴ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 3(2)。

¹⁷⁵ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 3(5)乃至(7)。

¹⁷⁶ 本判決における事実認定の①～④は米国の MCI 事件連邦控訴裁判決(MCI・supra note 95)が定立した 4 要件と同じ分析視角を有しており、且つ、これを満たしていると考えられる。すなわち、MCI 事件判決の第 1 要件(支配の要件)は①が、第 2 要件(複製不可能性の要件)は②が、第 3 要件(使用拒絶の要件)は事案の客観的状況から「使用拒絶」を前提的に認定しつつ、第 4 要件(利用可能性の要件)は③および④がそれぞれ該当し、各要件を充足していると考えられる。なお、EU 判例法上の EF 理論の 4 要件を我が国の私的独占の違法要件である排除行為該当性の判断要素として参照することの可能性について終章 第 3 節で言及する。

¹⁷⁷ 本判決は、事案の客観的状況が EF 理論の違法要件を充足する場合、独禁法が単独・直接の新規取引拒絶を違法審査の対象として捕捉することを明らかにしたと解される。なお、本件事案について EF 理論が採用されたとする見解として、谷原・前掲注 157, 54 頁、田中・前掲注 157, 265 頁、村上政博『独占禁止法における審判決分析の役割』(商事法務・2009 年)82 頁。

述する違法要件該当性の認定プロセスにおいて EF 理論の構成要件を明示的には要求していない。

しかるに、上記にみる事実認定のアプローチは、実質的に EF 理論の分析視角を有しており¹⁷⁸、ここでは、単独・直接の新規取引拒絶を独禁法上の問題として扱う上で、事案の状況が「不可欠施設」の拒絶事案であることを米国下級審判例法上の EF 理論の判断枠組みから慎重に明らかにしていく姿勢が伺える¹⁷⁹。そしてこのアプローチは、取引先選択の自由を制限する上で規制対象を厳格に限定すべきとする学説と整合的であり¹⁸⁰、また、競争者に対して競争するのではなく協力を強制するという本来的に独禁法が容認し難い判断を認容する上でその規制は慎重であるべきとする学説とも符合する¹⁸¹。

従って、EF 理論に基づく視角から事案の状況を「不可欠施設」の拒絶事案として明らかにする審査プロセスは、単独・直接の新規取引拒絶を独禁法上違法と判断する上で、比例的に課すべき厳格な制約要件(或いは、比例的に課すべき前提的要件)であると解される¹⁸²。

(3)－1 新規取引拒絶の排除行為該当性

一方、最高裁は独禁法の適用によって本件単独・直接の新規取引拒絶を排除行為として認定する上で、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて①正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、②競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つ」ことを要求しており、排除行為該当性を「反競争的な人為性の有無」(上記下線①)や「排除効果の存否」(上記下線②)に求めている。

¹⁷⁸ 白石教授は予てより不可欠施設等を巡る違反要件は現行の独禁法にてカバーされており、独占禁止法研究会が提案する不可欠施設等への規制の立法化について「特段の新味はなく、新たな違反類型を作ることが自己目的化している」(白石・前掲注 132, 51 頁)と指摘し、「独禁法には、EF 理論と同根の考え方が十分に存在する」(白石忠志「Essential Facility 理論－インターネットと競争政策」ジュリスト 1172 号 71 頁)との認識を示していた。本判決は、明示的に EF 理論を採用することなく、しかし、実質的に EF 理論の分析視角を有していることから、独禁法が内在的に EF 理論を具備していることを指摘した白石教授の見解は首肯されるべきものと解される。

¹⁷⁹ EU でも同様に新規取引拒絶の規制に際して事案の状況を EF 理論の観点から審査し、その違法性が判断されているが、現在に至るまで欧州司法裁判所は明示的に EF 理論を引用・採用したことはなく、その規制スタンスは本判決と同じく「『実質的に』EF 理論が適用されている」という推定的表現にとどまる(See, e.g., Microsoft CFI, supra note, 96)。

¹⁸⁰ 例えば、波光・前掲注 88。

¹⁸¹ 例えば、平林・前掲注 87。

¹⁸² 本判決は独禁法により取引先選択の自由を制限する事案である。ここでは、独禁法がその目的を実現するために取引先選択の自由を制限することが容認されるべきか否かが問題となり、このような原理間の衡量が問題となる場合に一般的に妥当する基準として比例原則が参照される。比例原則は三つの部分原則からなり、第一は適合性の原則(手段が目的の達成に適したものであること)、第二は必要性の原則(手段が目的の達成にとって必要不可欠であること)、第三は均衡性の原則(目的と手段が均衡を失っていないこと)を充足することが要求される(参照 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(1)－取締法規論の再検討」ジュリスト 1087 号 129 頁)。本判決を比例原則に即して捉えた場合、新規取引の強制という手段が、FTTH サービス市場に競争を導入させるという目的に対して適合的であり、且つ、必要不可欠であり、且つ、均衡を失っていないというためには、取引対象物が「不可欠施設」であることが必要要件であると解され、独禁法が競争を実現するために取引を強制し、他方で、取引先選択の自由を制限するには、その前提的条件として「不可欠施設」の拒絶事案であることを厳格かつ慎重に認定することが要求されるという理解も可能であると考えられる。

そして本件行為の排除行為該当性は、本件事案に係る諸要素を「総合的に考慮して」判断するとしており¹⁸³、この点に関して本判決が考慮要素として掲げる具体的事項は、a)代替接続先確保の難易、b)FTTH サービスの特性、c)本件行為の態様、d)事業者の地位や競争条件、e)本件行為の継続期間であり、これらは排除型私的独占ガイドラインの「供給拒絶・差別的取扱い」で示された判断要素¹⁸⁴を、本件に即して再整理したものと解され¹⁸⁵、本判決の違法性判断のアプローチは基本的に排除型私的独占ガイドラインに一致する¹⁸⁶。

また、本判決に言う「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」とは、排除型私的独占ガイドラインで観念される「合理的な範囲を超えて」と同義と解され¹⁸⁷、問題となっている行為が、能率競争に反する性質を伴うところに、いわゆる「目的の不当性」を見出しているものと解される。

なお、ここでの「反競争的な人為性」は専ら上記 c)本件行為の態様から判断されるところ¹⁸⁸、本判決は「いかに効率的に FTTH サービス事業を営んだとしても、・・・必ず損失が生ずる状況に置かれる」ことを余儀なくさせる価格設定行為に当該「反競争的な人為性」を見出している。これは、いわゆる「同等効率的競争者テスト」¹⁸⁹の考えに沿った見方であり、本判決で同テストによって客観的に示される状況が排除行為該当性の考慮要素の一つとして参照されている点が注目される¹⁹⁰。

他方、本判決に言う「競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つ」の部分は、問題となっている行為が、競争者の事業活動を困難する性質を伴うところに、いわゆる「効果の不当性」を見出しているものと解され、事案を構成する客観的な諸要素(本判決では上記 a)、b)、d)、および e))から競争者の事業活動困難性が判断されるものと解される。

ところで、排除行為該当性の判断において、先に言及した米国下級審判例法上の EF 理論はどのように考慮されているのであろうか？本判決は独禁法上の排除行為該当性の要件と米国下級審判例法上の EF 理論の 4 要件との関係について明示的に言及していないが、前記

¹⁸³ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 4。

¹⁸⁴ 排除型私的独占ガイドラインは「供給拒絶・差別的取扱い」に関する違法性判断の要素として、ア)川上市場及び川下市場全体の状況、イ)川上市場における行為者及びその競争者の地位、ウ)川下市場における供給先事業者の地位、エ)行為の期間、オ)行為の態様、を掲げ、これら事項が「総合的に考慮される」とする(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-5(2))。

¹⁸⁵ 白石③・前掲注 159, 18 頁。

¹⁸⁶ 排除型私的独占ガイドラインが示した「事案の諸要素を『総合的に考慮』する」違法性判断のアプローチは、「多様な判断要素の総合判断によって当該行為の違法性の有無を決定する」ことから「総合判断方式」と称される(村上政博『独占禁止法の新展開』(判例タイムズ社・2011 年)34～35 頁)。

¹⁸⁷ 同様の見方をするものとして、長澤・前掲注 159, 53 頁。

¹⁸⁸ 参照 武田・前掲注 159, 253 頁。

¹⁸⁹ 支配的企業と同等に効率的な企業を排除する行為を違法とする基準である(滝川敏明「競争者排除行為の違法認定基準(上)」公正取引(2006 年)26 頁)。主唱者は Posner であり、競争を淘汰のプロセスと捉えて、非効率的な企業の退出は競争の本質としつつ、効率的な企業の排除を不当視することを同テストの基底概念とする(Richard A. Posner, “Antitrust Law 2nd ed.”, 194-195 (2001))。

¹⁹⁰ この「同等効率的競争者テスト」は公取委ガイドライン(排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 2-2(1))や下級審判決(日本瓦斯事件東京高裁判決 平・17・5・31 審決集 52 巻 818 頁)では既に採用されていたが、本判決によって最高裁でもその採用が承認されたと言い得よう。

の通り本件事案の認定事実は当該 EF 理論の 4 要件を充足していると解され、当該認定事実を基礎として考慮要素 a)～e)が提示されていることに鑑みれば、当該 EF 理論の 4 要件は排除行為該当性の判断に読み込まれている、と解することも可能であるように思われる。すなわち、米国下級審判例法上の EF 理論の第 1 要件(支配の要件)は考慮要素 b)d)e)が、第 2 要件(複製不可能性の要件)は考慮要素 a)が、第 3 要件(使用拒絶の要件)は事案の客観的状況から前提的に当該要件の充足性が認められ、そして第 4 要件(利用可能性の要件)は考慮要素 c)が対応していると解され、従って、a)～e)の考慮要素により私的独占の排除行為該当性を認定することと、当該 EF 理論の要件充足性によって排除行為該当性を判断することは「実質的に同じ」であると解される(上記の EF 理論の 4 要件と排除行為該当性の考慮要素等との関係について整理したものを本章末尾の表 6 にて提示)。

また、本判決は、川下市場で消費者の需要が見込まれる新サービス(FTTH サービス)が競合各社によって展開されようとしていたところ、NTT 東日本による「不可欠施設」への新規取引拒絶が、当該川下市場における有効な競争を排除することとなる点に不当性を見出していることから、排除行為該当性の判断において EU 判例法上の EF 理論が妥当するとの見方も可能であろう¹⁹¹。

このように、本判決で示された単独・直接の新規取引拒絶に対する審査アプローチは、まず、慎重な事実認定によって不可欠施設の拒絶事案であることを明確化しつつ、次いで、排除行為該当性の判断において事案の諸要素が総合的・多面的に審査され EF 理論と同等の規制を実現しているものと解される。そして、上記の分析によれば、本判決における排除行為該当性の認定は、公取委のガイドラインに見る排除行為該当性の認定要素、すなわち、「目的の不当性」と「効果の不当性」を要求していると解され、排除行為該当性の認定基準は最高裁と公取委とで基本的に一致するものと思われる。

なお、本件事案において、排除行為該当性をより一般化した形で論証すること、および行為の不当性の根拠を明確化することに関しては、本稿が関心を寄せる「短期的利益犠牲」と「ライバル費用引上げ」の観点からなお論じる余地があると思われ、以下にその検討を行いたい。

(3)ー2 新規取引拒絶の排除行為該当性(とりわけ、短期的利益犠牲の観点から)

本判決で最高裁が要求する「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」の解釈に関して、これを前記のように排除型私的独占ガイドラインに言う「合理的な範囲を超えて」と同義と解すれば、「能率競争に反する排除」、或いは「効率によらない排除」と捉える考え方があり得、本稿においても「効率によらない排除」を不当な排除行為として定位して

¹⁹¹ ここに言う「EU 判例法上の EF 理論」とは、Microsoft 事件一般裁判所判決によって示された 4 要件(当該 4 要件は前掲注 96 参照)であり、支配的事業者による新規取引拒絶(ライセンス拒絶)が当該 4 要件を満たす場合、当該拒絶行為は濫用行為として EU 機能条約 102 条に違反するとされる。

きた¹⁹²。また本稿では単独・直接の取引拒絶という行為類型に関し、これが「効率によらない排除」であることを識別する一つの手掛かりとして「短期的利益犠牲テスト」が適合的な規制概念であると捉え、同テストの違法性識別基準としての採用可能性を検討してきた。しかしながら同時に、本稿の検討においては、「未だ取引関係にない状態」をベースラインとする新規取引拒絶に対しては実際の「利益犠牲」を要求する「短期的利益犠牲テスト」は不適合な基準であることをも指摘してきた¹⁹³。

もっとも、本件のように取引義務を前提とするケースにおいては、「取引義務がある状況」がベースラインとして定位され¹⁹⁴、取引を拒絶した局面で(取引拒絶と同等の効果をもたらす価格設定を実行した局面で)、拒絶した側は利益を犠牲にしたと認識・評価することが可能であるとの理解から、本件のような取引義務を前提とするケースにおいては「短期的利益犠牲」の文脈で事案を捉えることも可能であるとされる¹⁹⁵。

本件の場合、事案の事実としては、事業法により NTT 東日本には競業者に接続する義務が課されており、且つ、ユーザー料金(小売価格)が接続料金(卸売価格)を下回るという「逆ざや」が生ずることのないよう行政指導(以下、この行政指導を「インピュテーション・ルール」という)が行われていた状況において¹⁹⁶、NTT 東日本自身は小売価格ベースの FTTH サービスを展開しつつ(従って、小売価格以下の水準で卸売価格を設定することが可能と推察され)、ダークファイバを多数保有し提供余力があったにもかかわらず、FTTH サービス市場が急拡大する期間に取引を拒絶していた、というものである。このような事実から、NTT 東日本に取引義務がある状況をベースラインとして定位した場合、提供余力があるにもかかわらず、また、市場が急拡大して需要が見込まれるにもかかわらず、卸売取引を実質的に拒絶したことは経済的に不合理であり、「短期的利益犠牲」を「実際に生起させた」と認識・評価されよう。

そして「短期的利益犠牲」の証拠は、当該接続拒絶が能率競争に反する形で競争者を排除するものであることを合理的に推認させるものであり、排除行為該当性を「目的の不当性」という観点から基礎付けるものであると考える¹⁹⁷。

¹⁹² 同様の見方をするものとして、柴田②・前掲注 158, 287 頁。

¹⁹³ 同様に「ライバル費用引上げテスト」も新規取引拒絶に対しては不適合と指摘した(参照 本章 第1節)。

¹⁹⁴ 土佐教授は原判決の評釈において、「(NTT 東日本が：筆者注)競争者の参入を困難ならしめないよう配慮すべき立場にあったとの認識をベースラインとすることによって、同等取扱いからの偏差それ自体をもって違法と見る論理に近い」と評し、原判決の判断に接続義務の存在を前提としたベースラインの設定がなされているとみる(土佐・前掲注 158, 18 頁)。

¹⁹⁵ 本稿ではここに至るまで「既に取引関係にある状態」と「未だ取引関係にない状態」とを区別し、前者を継続取引拒絶のベースラインとして、後者を新規取引拒絶のベースラインとして設定してきた。これに対し、川濱教授は「取引義務の有る状態」と「取引義務の無い状態」を取引拒絶一般のベースラインとして設定する(川濱・前掲注 41, 600 頁)。

¹⁹⁶ なお、このように状況を認識する場合においても本判決で事業法が援用されたと解するのは妥当ではない。事業法規制下で課される接続義務は本件の事実関係を構成する重要な要素であり、従って、本判決と事業法とは“無関係”とはいえないが、接続義務の存在は「かかる取引拒絶を不当と判断する考慮要因であることは否定されていない」(川濱・前掲注 159, 107 頁)との意味合いにとどまるものであり、本件の事実関係を構成する諸要素の一部に過ぎない。

¹⁹⁷ 本判決の排除行為該当性判断においては、「同等効率的競争者テスト」が採用され、「短期的利益犠牲テ

(3)－3 新規取引拒絶の排除行為該当性(とりわけ、ライバル費用引上げの観点から)

本件の場合、事業法により NTT 東日本に接続義務が課され、且つ、インピュテーション・ルールが存在していたことを踏まえれば¹⁹⁸、卸売価格を下回る小売価格の設定は、新規参入を企図した事業者に対する接続拒絶と同等の效果を持ち、拒絶された新規参入事業者においては代替接続先の確保は事実上不可能であって、接続義務が適切に履行されているベースライン状況に比べ「費用が引き上げ」が「実際に生起した」と観念されよう¹⁹⁹。

従って、「ライバル費用引上げ」の証拠は、当該接続拒絶によって競争者の事業活動が困難な状況に陥ることを合理的に推認させるものであり、排除行為該当性を「効果の不当性」という観点から基礎付けるものであると考える²⁰⁰。

本判決は、「事実上唯一の供給者としての地位を利用して」、「単独かつ一方的な取引拒絶」を「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を伴いつつ「競業者の市場参入を著しく困難にするなどの效果を持つ」態様で行った場合、当該単独かつ一方的な取引拒絶を不当な排除行為として違法視することを明らかにしている。この説示および判旨の論理構成に鑑みれば、取引先選択の自由を制限し、競争者への協力を強制することとなる新規取引拒絶の規制に際しては、審査の対象が「不可欠施設」の拒絶事案であることを慎重に分析しつつ、排除行為該当性を判断するアプローチが示唆される。具体的には、規制対象を厳格に限定すべく米国下級審判例法上の EF 理論の 4 要件の観点から事実認定を行いつつ、事案の諸要素を「総合的に考慮」し、これら諸要素を反競争的な人為性の有無と排除効果の存否の観点から分析・評価することにより排除行為該当性を判断するものである。

とりわけ、排除行為該当性については、当該単独かつ一方的な取引拒絶が能率競争に反する性質を伴うところに「目的の不当性」を、競争者の事業活動を困難にする性質を伴うところに「効果の不当性」を見出し、それらの存否を事案の諸要素から「総合的に考慮」

スト(その洗練バージョンである経済的有意味性テスト)」は採用されていないと解する立場がある(泉水②・前掲注 159, 78 頁)。これは「逆ざや」を生起させる価格設定行為について着目した場合にはそのような解釈が妥当であると思われるが、筆者は取引拒絶に着目した場合、本文で述べたように短期的利益犠牲テスト(その洗練バージョンである経済的有意味性テスト)は適用可能であると考える。

¹⁹⁸ 川濱教授によれば「単独かつ一方的な取引拒絶の場合、仮に相手方がその投入要素を入手できないとしても直ちに費用引上げ戦略のターゲットになったとは断言できない」とし、「かような取引義務があるという前提で取引が拒絶された場合等に、初めて費用引上げ戦略とみなされている」との認識を示す(川濱・前掲注 41, 600 頁)。

¹⁹⁹ 本件では他の電気通信事業者が FTTH サービス市場に新規参入を果たすには、「逆ざや」となる接続料金を受け入れるか、加入者光ファイバ設備を自前で構築する必要があるが、これら選択肢は何れも接続義務が適切に履行されているベースライン状況に比べ、「費用が引き上げられた」と評価されよう。

²⁰⁰ 本件で仮に事業法上明示の/黙示の適用除外がなく、NTT 東日本の接続料金がユーザー料金より低く「逆ざや」が生じていない状況において新規参入者への接続拒絶(例えば接続遅延や差別的取扱)が行われた場合、コスト割れ基準に依拠する同等効率の競争者テストから当該行為の不当性を導くのは困難であると思われる(コスト割れである「逆ざや」が生じていない)。これに対し、ライバル費用引上げテストは、接続義務を前提とした同等取扱いからの偏差をもって「費用引上げ」を認識するため、当該行為の不当性を導くことは可能であると思料される。

することで判断し、排除行為該当性の認否を行うことが企図されるとともに、当該事案の諸要素は米国下級審判例法上の EF 理論の要件を充足し得ることから、当該 EF 理論と同等の排除行為規制を実現し得ることが示唆される。

また、上記における検討では、本件のような取引義務を前提とするケースの場合、取引義務により規定される状況をベースラインとして、取引拒絶により生起する「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」の証拠から「目的の不当性」と「効果の不当性」の存在を基礎付け、これらを根拠として排除行為該当性を認定することが一般論的なアプローチとして考えられる。

(4) 一定の取引分野

本判決は、需要の代替性に基づいて「一定の取引分野」の画定を行っており、公取委の企業結合ガイドライン²⁰¹と整合する²⁰²。すなわち、本件で問題になる商品市場の最も狭い候補は FTTH サービスであるから、SSNIP 基準の出発点を FTTH サービスとすると、他の ADSL サービス等に対しては需要が代替しないとされることから、この時点で関連市場は FTTH サービス市場と画定される²⁰³。

(5) 競争の実質的制限

本判決は、独禁法 2 条 5 項にいう「競争を実質的に制限すること」とは「市場支配力の形成、維持ないし強化」であるとの解釈を示した点が注目される。予てより、競争の実質的制限の概念について、判例は東宝・スバル事件東京高裁判決²⁰⁴ないし東宝・新東宝事件東京高裁判決²⁰⁵を参照し、価格支配力を中心に同概念を捉えてきた。これに対し、学説は「競争の実質的制限」を「市場支配力の形成・維持・強化」と捉える前提的理解においては議論の一致を見るが、ここに言う「市場支配力」に関しては、「典型的には市場における価格その他の取引条件を支配する力」と解する「統合型市場支配」の立場と、「市場の開放性を妨げる力」と解する「閉鎖型市場支配」の立場とがあり、具体的解釈において議論の一致を見ていない²⁰⁶。

本判決が、「競争の実質的制限」を「市場支配力の形成、維持ないし強化」と判示していることからすれば、学説における「競争の実質的制限」の前提的理解が最高裁に受け入れ

²⁰¹ 正式名称は「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」直近改定平成 19 年 3 月 28 日 公正取引委員会(以下、本文の記載と同様に「企業結合ガイドライン」という)。

²⁰² 企業結合ガイドライン・前掲注 201, 第 2-1。同ガイドラインによれば、基本的には需要者にとっての代替性という観点から判断され、必要に応じて供給者にとっての代替性という観点も考慮される。

²⁰³ 泉水②・前掲注 159, 79 頁。

²⁰⁴ 東京高判昭 26・9・19 審決集 3 巻 166 頁。

²⁰⁵ 東京高判昭 28・12・7 審決集 5 巻 118 頁。

²⁰⁶ 「市場支配力」の解釈に関しては、「統合型市場支配」しか認めない立場と、「統合型市場支配」と「閉鎖型市場支配」を併せて「市場支配力」と観念する立場とがある。この点については、第 9 章 第 2 節参照。

られたものと解される²⁰⁷。しかしながら、本判決は「市場支配力」の意味する内容を定義していないため、本判決の立場が「統合型市場支配」に立つのか、それとも「閉鎖型市場支配」に立つのかは判然としない。

この点に関し、本判決にいう「市場支配力」は当然に東宝・スバル事件東京高裁判決ないし東宝・新東宝事件東京高裁判決を参照すべきとし、本判決は価格支配力としての『市場支配力』の形成、維持ないし強化」を違法視していると捉えて「統合型市場支配」に立つと解する立場がある²⁰⁸。

本判決は、本件において「市場支配力の形成、維持ないし強化」が生じていることを示す根拠として、「既存の競業者による牽制力が十分に生じていたものとはいえない状況にある」という事実を指摘している²⁰⁹。ここに言う「牽制力」は「市場支配力や競争の実質的制限の有無を判断する際の重要な要因」であるとされ²¹⁰、排除型私的独占ガイドラインにおいては、競争者の行為者に対する「牽制力」が弱い場合若しくは働かない場合に「競争を実質的に制限していると判断されやすい」としている²¹¹。また、本判決が「牽制力」に着目したことの主旨を考察するに、競争者が排除されただけで競争の実質的制限を認定するのが「閉鎖型市場支配」の立場であるのに対し、競争者が排除されたとしてもなお依然として競争が活発であれば(すなわち、対抗的な牽制力が存在している限り)競争の実質的制限を認定しないのが「統合型市場支配」の立場であるとすれば²¹²、「牽制力」の存在を重視する本判決は「統合型市場支配」の立場にあると解されよう(また、本判決において、NTT東日本が本件行為を停止した後に他の電気通信事業者が本格的に FTTH サービス市場に参入したこと等が指摘されており²¹³、本件行為と競争制限状態との因果関係が言及されていることに鑑みれば、本判決は「統合型市場支配」に立つものと解されよう)。

このように、本判決が「統合型市場支配」の立場にあるとして、「市場支配力の形成、維持ないし強化」(すなわち、競争の実質的制限)を認定する基礎となった判断要素は何であろうか。この点に関し、判決は「競業者の FTTH サービス提供地域が限定されていたこと」および「FTTH サービスの特性」に言及している²¹⁴。

まず「競業者の FTTH サービス提供地域が限定されていたこと」については、その反対事象として NTT 東日本が市場における支配的な事業者であること(事実認定において、NTT 東日本の市場シェアは 82%~100%と認定)、および競争者との事業能力に格差があることを考慮したものであると解される²¹⁵。

²⁰⁷ 大槻・前掲注 159, 99 頁。

²⁰⁸ 泉水②・前掲注 159, 80~81 頁、大槻・前掲注 159, 98~99 頁、白石③・前掲注 159, 22 頁。

²⁰⁹ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 5。

²¹⁰ 泉水②・前掲注 159, 80 頁。

²¹¹ 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 7, 第 3-2(2)。

²¹² 白石教授は「閉鎖型市場支配」を「他者排除重視説」、「統合型市場支配」を「原則論貫徹説」として本稿上記本文に記載の見方を提示する(白石③・前掲注 159, 21 頁)。

²¹³ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 5。

²¹⁴ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 5。

²¹⁵ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 3(3)。

次いで、「FTTH サービス特性」については、加入者光ファイバ設置のコストが高額で参入障壁が高いこと、および FTTH サービスは、主として事業の規模によってその効率が高まり、かつ、加入者との間でいったん契約を締結すると競業者への契約変更が生じ難いという点で、先行者に有利な特性を有していたことを考慮したものと解される²¹⁶。

従って、上記二つの判断要素からは、先行者たる NTT 東日本が「既に市場支配力を有していた」状況が導かれ、本件は、既に市場支配力(統合型市場支配力)を有する NTT 東日本が、競争者の新規参入を阻止することにより、その市場支配力を維持・強化した事案と評価できよう。

他方、本判決が「(NTT 東日本が)事実上唯一の供給者としての地位を利用して」、「単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売行為」を行い、それが「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を伴いつつ「競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難に」したとして本件行為の排除行為該当性を認定し、当該排除行為により「『競争を実質的に制限すること』、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていたものというべきである」と判示していることから²¹⁷、この判示に見る主旨を、「折衷的推定説」によって説明すること(すなわち、既に市場支配的地位を有する NTT 東日本が、その高い市場シェアやサービス特性を背景として、実効的に排除行為を行ったことそれ自体を証拠として経験則により競争の実質的制限を推定すること)は論理的合理性を有すると思われ²¹⁸、「統合型市場支配」の立場から競争の実質的制限を認定する上で、立証の容易性という観点から「折衷的推定説」を援用することが考えられよう。

なお、本件は不可欠施設を占有する事業者による参入阻止の事案であり、市場の開放性を妨げる「閉鎖型市場支配」に親和的な事案である²¹⁹。しかしながら、一般には競争水準を超えた価格設定が可能になる事態こそが私的独占の文脈で非難されるべき典型的事態であるとされ²²⁰、判例の基本的立場もこの文脈に言う「統合型市場支配」にある²²¹ことに鑑みれば、競争の実質的制限についての解釈を他者排除のみにより行う「閉鎖型市場支配」の立場から与えることには慎重であるべきであろう。

²¹⁶ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 3(3)および 4。

²¹⁷ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 159, 理由 4 および 5。

²¹⁸ 柴田教授(原判決評釈)によれば、「『競争の実質的制限』の認定については、価格を中心とした競争状況の評価に基づくべきであ」としつつ、「本件のように施設所有に基づき既に支配力の存在が認められることを前提とすれば、新規参入を困難にさせ、及び原告のユーザー数が大幅に増加し、自らのシェアの増加に連なる場合、その支配力の維持・強化を認めることに問題はないと考える」との立場を示す(柴田②・前掲注 158, 288 頁)。

²¹⁹ 岸井教授(原判決評釈)によれば、本件のような市場支配的事業者による排除の事案では、通説的な「統合型市場支配」のアプローチと、「閉鎖型市場支配」のアプローチとで結論はほとんど変わらないとする(岸井・前掲注 158, 32 頁)。

²²⁰ 金井＝川濱ほか・前掲注 1, 176 頁。

²²¹ 本判決後の不当な取引制限に関する最高裁判決(多摩談合(新井組)事件最高裁判決(最判平 24・2・20 民集 66 卷 2 号 796 頁))では、競争の実質的制限とは「その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいう」と述べ、価格支配力に基づく「統合型市場支配」の立場にあることを改めて示している。

(6) 本判決の射程

本判決は私的独占の違法要件のうち、排除行為該当性、一定の取引分野、および競争の実質的制限について重要な判示をしており、今後の先例となる。

しかしながら、本件で行為類型として定位された単独・直接の新規取引拒絶については、排除行為該当性の判断において事案固有の特殊性が個々具体的に考慮要素として掲げられているものの、これら考慮要素を一般論として説示しておらず、本判決の射程を測り難いものになっている²²²。

他方、取引義務を前提としてベースラインの存在に着目した場合、「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」の観点から推察される単独・直接の新規取引拒絶の排除行為該当性についての本判決の射程は、取引義務が課されることを前提とする公益事業については「及ぶ」と解されるが、私益事業における新規取引拒絶に対してまでは「及ぶか否か明らかではない」ということになる²²³。

《小括》

以上の検討を踏まえ、単独・直接の新規取引拒絶については以下のような違法性判断の理論的枠組みを提示し得ると考える。すなわち、

- ①：単独・直接の新規取引拒絶を違法と判断することは、取引先選択の自由を制限すること、および、競争者に対して競争するのではなく協力を強制することになるため、その違法性判断には慎重さと厳格さが求められる。
- ②：ここで、違法性判断における「慎重さと厳格さ」はNTT 東日本事件最高裁判決のアプローチによれば、審査の対象とすべき事案を「不可欠施設」の拒絶事案に限定するものであり、その際、米国下級審判例法上の EF 理論の要件充足性によって審査の対象を限定することが考えられる。
- ③：NTT 東日本事件最高裁判決によれば、本件を独禁法違反に問う上で、私的独占の違法要件である「排除行為該当性」と「競争の実質的制限」の認定が必要であると、「排

²²² 泉水教授は本判決の射程に関し、本件事案の特殊性に注意すべきとして慎重かつ限定的に捉えている（泉水②・前掲注 159, 81 頁）。

²²³ 泉水教授はこの点に関する例示として、自動車メーカーが画期的な次世代技術を開発し、これが自動車業界において不可欠な技術となったところ、当該自動車メーカーが当該技術を提供しなかったり、或いは当該技術の提供対価を当該自動車メーカーの完成車の小売価格よりも高く設定した場合、当該行為を私的独占とするのは困難であろうとの見方を提示し、翻って、本件行為は事業法規制下の公益事業であって、本件を安易に一般化・抽象化して私益事業等へ適用することには慎重であるべきとの立場を示す（泉水②・前掲注 159, 78 頁～79 頁）。

除行為該当性」については事案の具体的諸要素を「総合的に考慮」することにより判断される。そして、本件事案の認定事実が前記②の通り米国下級審判例法上の EF 理論の要件を充足し、当該認定事実を基礎として具体的諸要素が提示されていることに鑑みれば、排除行為該当性の判断は、当該 EF 理論の要件充足性の判断と実質的に同一視し得るものと解される。

- ④：また、NTT 東日本事件最高裁判決によれば、排除行為該当性の判断は、「反競争的な人為性」の有無と「排除効果」の存否に求められ、本稿における分析によれば、これら判断要素は、公取委のガイドラインにおいて排除行為該当性の判断要素として要求される、「目的の不当性」と「効果の不当性」に一致するものと解される。
- ⑤：この「目的の不当性」と「効果の不当性」に関し、とりわけ、NTT 東日本事件のように取引義務の存在を前提とするようなケースの場合、「取引義務がある状況」がベースラインとして定位され、取引拒絶により生起する「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」の証拠により「目的の不当性」と「効果の不当性」の存在を基礎付け、これらを根拠として排除行為該当性を認定することが一般論的なアプローチとして考えられる。
- ⑥：他方、NTT 東日本事件最高裁判決によれば、「競争の実質的制限」は「市場支配力の形成、維持ないし強化」と観念され、同判決は「統合型市場支配」の考えに立脚しつつ、NTT 東日本の市場シェアや FTTH サービス特性を判断要素として、NTT 東日本が既に市場支配力を保有していることを認め、取引拒絶と同等の効果を及ぼす価格設定行為により競争者の新規参入を阻止することで、統合型の市場支配力を維持・強化したと認定しており、競争の実質的制限を認定する上で、行為者の市場シェアや商品・サービスの特性が重要視されている。
- ⑦：NTT 東日本事件のような、「既に市場支配力を有する」事業者によるアクセス拒絶の事案では、排除行為それ自体の存在から経験則により統合型の市場支配力の維持・強化を推認することに論理的合理性が認められるため、「統合型市場支配」の立場から競争の実質的制限を認定する上で、立証の容易性という観点から「折衷的推定説」を援用することが考えられる。
- ⑧：もっとも、単独・直接の新規取引拒絶のうち、取引義務がある場合には上記のように当該取引義務がある状態をベースラインとして設定することにより「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」が生起することを識別し、当該取引拒絶の違法性を根拠付けることは可能であるが、取引義務の無い場合については事案の外形からベースライ

ンを設定することは困難であり、別途異なるアプローチを必要とすることが示唆される。

上記のように立論した場合、単独・直接の新規取引拒絶は、NTT 東日本事件最高裁判決の判例法理によれば、既存の私的独占の禁止規定によって規制し得るというものであり、また、米国下級審判例法上の EF 理論が違法視する状況(4 要件を充足するような不可欠施設へのアクセス拒絶の事案)に対して、我が国の既存の私的独占の禁止規定はこれを規制する法理論を具備していると解され、米国における EF 理論と同等の規制を実現していると言い得るように思われる。さらに、NTT 東日本事件最高裁判決にみる単独・直接の新規取引拒絶の判例法理は、川下市場で消費者の需要が見込まれる新サービスについて有効な競争を排除することとなる不可欠施設の新規取引拒絶を独禁法によって規制するものであることから、EU 判例法上の EF 理論と同等の規制をも実現していると解される。

そして、本稿の分析によれば、単独・直接の新規取引拒絶が規制されるは、事案の状況が「不可欠施設」の拒絶事案である場合に限定すべきと解され、新規取引拒絶が規制される局面とは、「不可欠施設」の拒絶事案に特有の「行為者の市場シェアの高さ」を背景として「競争の実質的制限」が懸念される状況、すなわち、不公正な取引方法のレベルではなく、(排除型)私的独占として規制される状況であると解される。

もっとも、NTT 東日本事件は取引義務が存在する事案であり、当該取引義務がある状態をベースラインとして設定することにより「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」の観点から行為の不当性を基礎付け、判決と整合的な規制根拠を提示することが可能な事案であるが、これと異なり、取引義務等が存在せず、行為の不当性を基礎付けるベースラインが明確ではない事案の場合、単独・直接の新規取引拒絶を規制する根拠を明確な形で提示することが出来ないという問題があるものと認識される。

3-4. 不当な取引妨害規制からの示唆

上記にて認識された、取引義務が存在しない単独・直接の新規取引拒絶において規制根拠を明確な形で提示できないという問題に関し、エレベータ部品の取引に係る事案である東芝エレベータテクノス事件大阪高裁判決²²⁴と三菱電機ビルテクノサービス事件勧告審決

²²⁴ 東芝エレベータテクノス事件大阪高裁判決(大阪高判平 5・7・30 審決集 40 巻 651 頁)は甲乙二つの事案を含んでおり、甲事件はビル所有者(原告・被控訴人)が独立系保守業者とエレベータの保守契約を締結していたところ、エレベータの乗客が缶詰状態になる事故を起こしたことからビル所有者が交換部品を東芝エレベータテクノス(被告・控訴人(以下、「東芝 ET」という)))に発注した。これに対し、東芝 ET は、部品のみの販売はしない、部品の取替え・修理・調整工事を併せて発注しなければ注文に応じない、また、併せて発注しても納期は 3 ヶ月先である旨を回答した。他方、乙事件は独立系保守業者(原告・被控訴人)がビル所有者とエレベータの保守契約を締結していたところ、エレベータが急停止する故障を起こしたことから、独立系保守業者がビル所有者名義で取替え調整工事込みの注文を(独立系保守業者は取替え調整工事込みでないと部品を売ってもらえないと知っていたため)東芝 ET(同じく被告・控訴人)に修理を発注した。これに対し、東芝 ET は、3 ヶ月後に部品が届けば取替えに来るとして応急修理をしたもの

225]について一考する必要がある²²⁶。

前者は「抱き合わせ」と「不当な取引妨害」の法適用によって、後者は「不当な取引妨害」の法適用によって被告ないし被審人の行為が違法とされた事案であるが、これら事案は共通して川上市場(エレベータ部品供給市場)における有力な事業者が川下市場(エレベータの保守サービス市場)の需要者ないし競争者に対してエレベータ部品の供給を拒絶ないし遅延若しくは不当に高価な代金で販売したものであり、実態として単独・直接の垂直的新規取引拒絶(Type Y)を内在する事案である。

何れの事案も事業法等による供給義務は課されてはいないが、東芝エレベータテクノス事件で大阪高裁は、エレベータの所有者が容易には他社製のそれに切り替え難いことを踏まえ、東芝製エレベータの部品を一手に販売し同エレベータ及びその保守関連の情報を容易に把握し得る立場にある東芝エレベータテクノスは、同エレベータ所有者に対して部品を常備および供給する義務があると判示し、川上市場において有力な地位にある東芝エレベータテクノスに供給義務を認めた。ここで供給義務を負うとした対象はユーザー(需要者)であり、競争者(独立系保守業者)に対しても同等の供給義務を負うと解すべきか否かは必ずしも明らかではないが²²⁷、川下市場でユーザーの需要(エレベータの保守サービス)が存在し、

の、その後再び同様の故障を起こしたため、独立系保守業者がビルの建築請負業者に催促してもらったところ東芝 ET は速やかに修理の対応を行った。この件で独立系保守業者はビル所有者から部品入手対応の限界について難色を示されたため保守契約を解除し、その後、ビル所有者は東芝 ET と保守契約を締結した。大阪高裁は甲事件につき「本件各部品とその取替え調整工事とは、それぞれ独自性を有し、独立して取引の対象とされている」との認識を示し、「このような商品と役務を抱き合わせての取引をすることは、買い手にその商品選択の自由を失わせ、事業者間の公正な競争を阻害するものであって、不当というべきである」との判断を示し、一般指定 10 項の抱き合わせに該当するとした。また、乙事件につき「東芝製エレベータの部品を一手に販売している控訴人は、東芝製エレベータ及びその部品の数・耐用年数・故障の頻度を容易に把握し得ること及びエレベータの所有者が容易にはそのエレベータを他社製のそれに交換し難いことからして、部品の常備及び供給が東芝及び…控訴人の同エレベータ所有者に対する義務である」と解する一方で、「エレベータが交通(輸送)機関の一種であって、これに不備が生じた場合迅速な回復が望まれるのは極めて当然であることからすると、控訴人の保守契約先でないからといって、手持ちしていた部品の納期を 3 ヶ月も先に指定することに合理性があるとは到底みられず、不当とされても止むを得ない」として一般指定 15 項(現 14 項)の不当な取引妨害に該当するとした。

²²⁵ 三菱電機ビルテクノサービス事件勧告審決(平 14・7・26 審決集 49 巻 168 頁)。本件で三菱電機ビルテクノサービス(被審人(以下、「三菱電機 BTS という」))は国内のエレベータ保守業務市場において第 1 位の地位を占め、また、三菱電機製のエレベータの保守用部品を一元的に国内に供給している。三菱電機 BTS は予てより三菱電機製のエレベータの保守は自らが行うべきであるとの考えから、業務運営の基本方針として、同エレベータの保守用部品の供給について、自らの保守契約顧客向けと、自社と保守契約していない顧客(独立系保守業者を含む)とで取扱いに差異を設けていた。具体的には、前記後者の顧客から保守用部品の供給依頼を受けた際、1)即座に納入可能な場合であっても標準納期(60 日、120 日等)とすること、自社購入価格の 3 倍(保守契約顧客に対する販売価格の 1.5 倍)とする旨を規定した。三菱電機 BTS は実際に複数の独立系保守業者に対して上記方針に基づいた保守用部品の納入対応を行い、その結果として、独立系保守業者は保守部品の調達に著しい支障をきたした例や、保守契約を解除されその後三菱電機 BTS が保守契約を締結するに至った例がある。これに対し公取委は、「三菱ビルテクノは、自己と三菱電機製昇降機の保守分野において競争関係にある独立系保守業者と同昇降機の所有者等との取引を不当に妨害しているものであって、これは不公正な取引方法の第 15 項(現 14 項)に該当し、独禁法 19 条の規定に違反する」との認定を行った。

²²⁶ 類似の事案として機械式駐車場装置の部品取引に係る東急パーキングシステムズ事件勧告審決(平 16・4・12 審決集 51 巻 401 頁)がある。

²²⁷ 本件供給義務は独禁法を持ち出すまでもなく契約責任上の付随義務であるとの指摘がある(泉水文雄「判批」公正取引 519 号(1994 年)53 頁)。

競争者が当該需要を満たすべく活発な事業活動を行っている状態を制限することとなる行為を本判決は違法とした。

他方、三菱電機ビルテクノサービス事件で、公取委は川上市場において有力な事業者である三菱ビルテクノサービスに対し、川下市場で競合する競争者(独立系保守業者)に対して部品の供給を遅延し高価な代金で販売することによって川下市場における当該競争者の納期対応力と価格対応力を損いエレベータ所有者との保守取引を妨害することは不当であると判断した。本審決も前記判決同様、川下市場でユーザーの需要(エレベータの保守サービス)が存在し、競争者が当該需要を満たすべく活発な事業活動を行っている状態を制限することとなる行為を違法と認定した。

上記二つの事案は何れも法適用は単独・直接の取引拒絶ではないものの、川上市場における有力な事業者が不可欠施設(エレベータの純正部品)へのアクセスを拒絶することによって、川下市場(エレベータ保守サービス)へ支配力を拡張し、川下市場における競争を減殺することを試みた事案(すなわち、NTT 東日本事件と事案の外形的特徴は同じ)であり²²⁸、判審決がこのような行為を独禁法違法と認定したことに鑑みれば、川下市場の競争を維持・向上すべく川上市場で不可欠施設を専有する有力な事業者に対して「独禁法上の取引義務」を課した事案であると解される。

そして、このような判審決の違法認定手法ないし規制思想は、単独・直接の新規取引拒絶の規制の在り方に対して有意な示唆を与え得るものと思われる(この点については終章で改めて論及する)。

第4節 日本法のまとめ

4-1. 単独・直接の継続取引拒絶規制と単独・直接の新規取引拒絶規制の異同

ここに至るまでの検討において、本稿では単独・直接の継続取引拒絶と単独・直接の新規取引拒絶とを区別して論じ、それぞれについての規制アプローチを提示した。

そこで、改めて両者に対する規制の枠組みを比較検討する(以下では排除型私的独占について論ずる)。

《排除行為該当性》

公取委のガイドラインによれば、排除行為と観念される行為の不当性は、「目的の不当性」と「効果の不当性」に見出され、それぞれ「能率競争に反する競争者の排除」および「競争者の事業活動の困難性」の存在を立証することにより排除行為該当性が認定されると解

²²⁸ 舟田教授は、大阪エレベータテクノス事件大阪高裁判決の乙事件の法適用に関し、「不当な取引妨害」ではなく「不当な取引拒絶」とすべきであったとの見方を示す(舟田正之「判批」ジュリスト1056号(1994年)151頁)。

するものであり、これを一般化する場合、本稿の単独・直接の取引拒絶に関する比較法分析によれば、「目的の不当性」は「短期的利益犠牲」の証拠により、「効果の不当性」は「ライバル費用引上げ」の証拠により推認し、排除行為該当性を認定し得ると解するものである。

また、単独・直接の継続取引拒絶の独禁法違反が争われた実際の審決(東洋製罐事件勧告審決)において、「目的の不当性」と「効果の不当性」の観点から排除行為該当性が認定されていること、および上記にいう一般化の認定アプローチが適用可能であることを確認した。

同様に、単独・直接の新規取引拒絶においても、NTT 東日本事件最高裁判決を参照する限り、排除行為該当性の認定は上記公取委のガイドラインと同じ視座を有していると解され、「目的の不当性」を反競争的な人為性として、「効果の不当性」を排除効果として立証することを要求していると解するものである。

もっとも、継続取引拒絶は「既に取り関係にある状態」をベースラインとして「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」の存在を基礎付けることが可能であるが、新規取引拒絶は「未だ取引関係に無い状態」がベースラインとなるため、通常、継続取引拒絶のように「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」の存在を基礎付けること、およびこれを根拠として排除行為該当性を認定することは出来ず、取引義務等のベースラインが存在する場合にのみ新規取引拒絶は継続取引拒絶と同等に「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」により排除行為該当性を基礎付けることが可能となる。換言すれば、新規取引拒絶は、行為それ自体の不当性を基礎付ける根拠を継続取引拒絶ほどには明確に有していないと解される。

従って、単独・直接の継続取引拒絶と単独・直接の新規取引拒絶は、排除行為該当性の認定基準として、共に「目的の不当性」と「効果の不当性」を判断要素としている点において差異は無いものと解されるが、新規取引拒絶は不当性を評価するベースライン(すなわち、行為の不当性を基礎付ける根拠)が不明確である(ないし自明ではない)ため、新規取引拒絶を競争法上の問題として扱うには、別途、競争政策の観点から「取引すべき状態」を規定し、当該「取引すべき状態」に評価のベースラインを求める必要があるように思われる。

《競争の実質的制限》

「競争の実質的制限」が「市場支配力の形成・維持・強化」と解されるところ、「競争の実質的制限」の認定に際しては、排除行為の前または後に、行為者が「市場支配力」を有していることを認定する必要がある²²⁹、「市場支配力」の認定要素としては、事案を構成する諸要素(いわゆる「間接的判断要素」と「直接的判断要素」)²³⁰が総合的に考慮される。

本稿における分析によれば、単独・直接の継続取引拒絶については、東洋製罐事件勧告

²²⁹ 山田・前掲注 3, 8 頁。

²³⁰ 山田・前掲注 3, 8 頁。

審決に見る「市場支配力」の認定要素として、事案を構成する要素のうち、「行為者のシェアの高さ」、および「競争者の取引依存度」が重要視されていると解される。

これに対し、単独・直接の新規取引拒絶については、NTT 東日本事件最高裁判決に見る「市場支配力」の認定要素として、「行為者のシェアの高さ」、および「サービス特性」が重要視されていると解される。

「競争者の取引依存度」や「サービス特性」は各事案に固有の要素と解される一方で、両者が共に「行為者のシェアの高さ」を重要視している点に鑑みれば、「競争の実質的制限」の認定の在り方に関する両者の基本的視座は「行為者のシェアの高さ」を重要視する点で一致しているものと解される。

《その他(厳格な事実認定)》

NTT 東日本事件最高裁判決によれば、単独・直接の新規取引拒絶は、その事実認定において米国下級審判例法上の EF 理論の要件充足性(施設等が支配されており、施設等が複製困難であり、施設等の使用が拒絶されており、施設等の使用が可能である)を課すことにより、審査の対象とすべき事案を「不可欠施設」の拒絶事案に限定することを要請するものと解され、また、排除行為該当性の判断において考慮される具体的諸要素の中に、EF 理論の要件充足性の判断要素が読み込まれていると解されることから、単独・直接の継続取引拒絶に比べて慎重かつ厳格な審査を要求するものと言えよう。

「既取引関係にある状態」からの取引拒絶が競争にどのような弊害を及ぼすのかについて推定することはある程度の確実性を持って可能であろうが、「未だ取引関係に無い状態」における取引拒絶が競争にどのような影響を及ぼすのかについて推定することは不確実性を伴う。単独・直接の新規取引拒絶の事案に対して米国下級審判例法上の EF 理論の要件充足性を要求するのは、当該不確実性を除去ないし低減する上で比例的に課すべき必要な措置であると解され、従って、単独・直接の新規取引拒絶に対する規制アプローチと単独・直接の継続取引拒絶に対する規制アプローチとの違いは当該 EF 理論の要件充足という厳格な審査プロセスにも見出されよう。

以上から、単独・直接の継続取引拒絶と単独・直接の新規取引拒絶の規制の在り方に関し、違法要件は双方ともに「排除行為該当性」と「競争の実質的制限」の認定であり、この点に異なるところは無い。しかしながら、これら違法要件を充足させる上で、新規取引拒絶は「排除行為該当性」を基礎付ける根拠が必ずしも明確ではないため(自明ではないため)、別途、競争政策の観点から「取引すべき状態」を規定し、当該「取引すべき状態」に「排除行為該当性」を基礎付けるためのベースラインを見出す必要性が示唆されること、および、本来、「取引先選択の自由」の範疇とされるべき行為を過剰に規制してしまう懸念が残るところに継続取引拒絶規制との相違点が認められる。

そして上記の過剰規制の懸念が残ることに鑑みれば、新規取引拒絶の規制対象は「不可

欠施設」の拒絶事案に限定される必要があり、事実認定や排除行為該当性の判断過程において(米国下級審判例法上の)EF理論の要件充足性が要求されるものと解される。

なお、我が国における主要な判審決例(二件)を序章で定義したタイプ別に分類すると表7(本章末尾に掲載)のようになり、さらに、違法認定の判断要素を併記して再整理すると表8(同)のようになる。

このような整理によれば、Type A、および Type X については判審決例の蓄積はないものの、Type B、および Type Y については何れも「目的の不当性」と「効果の不当性」が判断要素とされ、とりわけ Type Y については前述のように不当性を評価するベースラインを見出すことが必要とされていると解される(このタイプ別の分類とその分析については、本稿後段の終章で米国・EUの判例も含めて改めて考察を与える)。

4－2．検討すべき課題

上記で指摘した通り、単独・直接の新規取引拒絶は、「排除行為該当性」の認定に際して、未だ不明確な要素ないし不安定な判断プロセスを内包している。

NTT 東日本事件最高裁判決は、取引義務が存在する状況において、市場支配的事業者による単独・直接の新規取引拒絶が違法となり得ることを明らかにしたが、取引義務が存在しない状況において、市場支配的事業者の自由な意思に基づく単独・直接の新規取引拒絶を如何にして規制し得るのかについて課題が残されているものと思われる。すなわち、

- ①：取引義務等の存在しない単独・直接の新規取引拒絶に対して如何なる形で不当性評価のベースラインを設定するのか。
- ②：規制により単独・直接の新規取引拒絶に対して取引義務を課す場合、比較法の観点から意識される問題として投資インセンティブの阻害、ひいては競争への影響についてどのように考慮すべきか。
- ③：単独・直接の継続取引拒絶との統一的な違法性判断基準の設定は可能か。

終章では、米国・EU・日本における規制状況のまとめを行うとともに、上記の課題について検討し試論を提示することとしたい。

＜表 6. 米国下級審判例法上の EF 理論の 4 要件と NTT 東日本事件最高裁判決における
認定事実および排除行為該当性の考慮要素との関係＞

米国下級審判例法上の EF 理論	NTT 東日本事件最高裁判決			
	認定事実	排除行為該当性の考慮要素		
第 1 要件 (支配の要件)	開通件数の 82 ないし 100%と認定	b)	規模の効率性と契約切替の困難性	排除 効果 (効果の 不当性)
		d)	市場における地位および競争条件の相当の格差	
		e)	市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から相応の有意な期間	
第 2 要件 (複製不可能性の要件)	加入者光ファイバ設備を新たに構築するには多大の費用を要すると認定	a)	多数の管路の保有と光ファイバの芯線数および敷設範囲の優位性	
第 3 要件 (使用拒絶の要件)	事案の客観的状況から前提的に「使用拒絶」を認定			
第 4 要件 (利用可能性の要件)	大量のダークファイバを保有しつつ、価格スクイーズにより取引義務を回避し、取引を拒絶していると認定	c)	ダークファイバが不足するような事態は容易に想定し難い状況、および、いかに効率的に FTTH サービス事業を営んだとしても、必ず損失が生じる状況	反競争的な人為性 (目的の不当性)

※1 本稿における検討によれば、米国下級審判例法上の EF 理論は、第 1 要件と第 2 要件が Grinnell 基準の第 1 要件(独占力保有の要件)に相当し、第 3 要件と第 4 要件が同基準の第 2 要件(独占力の意識的な獲得又は維持の要件)に相当するとの見方を示した(参照 本稿 第 3 章 第 2 節)。そして、この見方によれば、EF 理論の第 1 要件と第 2 要件は独占力保有の要件であり、EF 理論の第 3 要件と第 4 要件のみが排除行為該当性(独占力の意識的な獲得又は維持)の要件となるが、独占力保有の要件に該当する EF 理論の第 1 要件(支配の要件)や第 2 要件(複製不可能性の要件)は、我が国独禁法における排除行為の「効果の不当性」の考慮要素(ひいては、競争の実質的制限の認定要素)として参照可能であると解され、上記のような対応関係を提示するものである。

＜表 7. 我が国における主要判審決例のタイプ属性＞

法域	事件 No.	判審決例	違法 /合法	Type
日本	21	東洋製罐事件勧告審決(1974 年)	違法	B
	22	NTT 東日本事件最高裁判決(2010 年)	違法	Y

※2 本稿で検討した判審決例のうち、顧客に対して競争法上違法な行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が用いられた事案や、単独・間接の取引拒絶の事案、および競争者に対する不当な取引妨害の事案はここでの検討の対象外とする。

＜表 8. 単独・直接の取引拒絶のタイプ別分類と違法性の判断要素＞

法域	Type	事件 No.	排除行為の違法認定に際して必要とされた事実
日本	A	—	—
	B	21	・ 能率競争に反する競争者の排除(目的の不当性) ・ 競争者の事業活動困難性(効果の不当性)
	X	—	—
	Y	22	・ 能率競争に反する競争者の排除(目的の不当性) ・ 競争者の事業活動困難性(効果の不当性)

終章 本稿のまとめ

第1節 日・米・EUを対象とした単独・直接の取引拒絶規制の国際比較

以上、本稿では米国反トラスト法、EU 競争法、および我が国独禁法における単独・直接の取引拒絶の規制の在り方について検討を試みてきた。何れの国・地域(以下、米国、日本、EU を指して便宜上「各国」という)においても単独・直接の取引拒絶は「取引先選択の自由」との関係で慎重な審査が試みられており、単独・直接の取引拒絶という行為類型に関して「継続取引拒絶」と「新規取引拒絶」で規制の根拠となるベースラインの違いを踏まえた審査アプローチを必要としている状況が認められ、また、事案に対する裁判所や当局の判断を整理すると取引相手方との関係が「垂直的」か「水平的」かの外形面の違いから分類し得ることも認められた。

もっとも、審査の具体的内容に関しては各国の競争政策や法制度ならびに違法要件の違いを反映して各国固有の特徴や特性ならびに規制基準が認められ、必ずしも一様ではない。

本節では、簡潔に各国における規制の史的到達点としての今日の状況を比較し、差異や共通項を確認するとともに、各国の規制の方向性や相互の距離感について概括的な取りまとめを行う。

1-1. 継続取引拒絶規制の国際比較

単独・直接の継続取引拒絶を競争法上違法とし得る点は各国に共通する。しかしながら、違法視する程度には相違が見受けられ、ごく大雑把に表現するならば、EU が規制に積極的であるのに対し、米国は消極的であり、日本はその中間に位置しているように思われる。

まず、EU の判例法理は、市場支配的地位にある事業者が既存の取引相手に対して従来継続していた取引を「正当な理由なく」拒絶することは、当該取引相手との関係が「垂直的」か「水平的」かに係わらず、EU 機能条約 102 条に違反する濫用行為として原則違法であるとする¹。そして、継続取引拒絶を原則違法とする根拠は、当該取引拒絶によって取引相手

¹ この立場は 1978 年の United Brands 事件欧州司法裁判所判決(Case 27/76, United Brands v. Commission [1978] ECR 207, [hereinafter, 'United Brands'])から最近(2008 年)の GlaxoSmithKline

が市場から排除されるとともに域内市場(internal market)が分断・分割されるため、条約目的である旧 EEC 条約 3 条 1 項 g 号(域内市場において競争が歪められないことを確保する制度の確立)に反するという点に求められ²、条約の目的規定に則った法解釈を志向する³。

他方、米国の判例法理は、独占的地位にある事業者が取引相手方に対して従来継続していた取引を拒絶することは、当該取引相手との関係が「垂直的」或いは「水平的」の何れであっても、「例外的」な場合にのみシャーマン法 2 条違反となるとする⁴。すなわち、継続取引拒絶は原則的には適法な行為であるとの前提的認識に立ち、短期的な利益を犠牲にして競争者を排除し、その後に利益犠牲を埋め合わせつつ、長期的には市場を独占するような場合等に「例外的」に違法となるとの立場を採る^{5,6}。米国では 1919 年に Colgate 事件連邦最高裁判決によって示された「取引先選択の自由」ないし「取引自由の原則」を尊重すべきとする立場⁷が今日においてもなお妥当する先例と解されており⁸、取引拒絶を規制することに伴い市場へ介入すること、および市場へ介入することに伴い裁判所が価格等の管理・統制機能を担うことに極めて消極的な立場を採る⁹。

AEVE 事件欧州司法裁判所判決(Jointed Cases C-468/06 to C-478/06 Sot. Lelos kai Sia EE v. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton [2008] ECR I -7139, [hereinafter, 'GSK AEVE'])に至るまで一貫した姿勢である。なお、取引相手方と「垂直的」な関係にある垂直的継続取引拒絶を違法とした先例は Commercial Solvents 事件欧州司法裁判所判決(Cases 6/73 & 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporation v. Commission of the European Communities, [1974] ECR 223)であり、取引相手方と「水平的」な関係にある水平的継続取引拒絶を違法とした先例は British Midland 事件決定(British Midland / Aer Lingus [1992] OJ L96/34)である。

² また、EU における市場支配的地位の濫用に関する判例法理として、市場支配的事業者は競争を歪曲しないよう「特別の責任(special responsibility)」を負うとされる(See, Case 322/81 Michelin v. Commission [1983] ECR 346, para. 57)。

³ なお、欧州委員会が公表したガイドライン(Communication from the Commission, 'Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings', OJ C45/02 24.2.2009, [hereinafter, 'Article 82 GP'])では、経済分析が果たす役割の重要性に鑑みて消費者厚生や経済効率性の向上を志向する効果主義の立場が意識されているが、欧州司法裁判所は一貫して条約目的に忠実な法解釈を志向する外形主義の立場を維持している(See, GSK AEVE, supra note 1, para. 49(citing United Brands, supra note 1, para. 183))。

⁴ この立場は Trinko 事件連邦最高裁判決で確認された(See, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 408(2004), [hereinafter, 'Trinko'])。なお、取引相手方と「垂直的」な関係にある垂直的継続取引拒絶を違法とした先例は Southern Photo 事件連邦最高裁判決(Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359(1927))であり、取引相手方と「水平的」な関係にある水平的継続取引拒絶を違法とした先例は Aspen 事件連邦最高裁判決(Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985), [hereinafter, 'Aspen'])である。

⁵ その先例として Trinko 事件連邦最高裁判決は Aspen 事件連邦最高裁判決(Aspen, supra note 4)を参照する。

⁶ 従って、EU において「継続的な取引を『正当な理由なく』拒絶する場合に違法となる」ことと、米国において「継続的な取引を拒絶することは『例外的』な場合にのみ違法となる」ことの差異は、EU では市場支配的事業者の継続取引拒絶が通常の自衛的対抗措置のレベルを超えれば濫用行為として違法となるのに対し、米国では自衛的対抗措置のレベルを超えたのみでは排除行為とならない点に見出せ、米国の規制領域は EU よりも限定的で厳格な水準にあると言えよう。

⁷ もっとも、Colgate 事件連邦最高裁判決は「完全に私的な事業者(an entirely private business)」と「独占を形成し又は維持する目的を欠く場合(in the absence of any purpose to create or maintain a monopoly)」という留保を付しており、無制限に取引先選択の自由を認めたものではない(See, United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307(1919))。

⁸ See, Trinko, supra note 4, at 408.

⁹ これらに加えて、米国では三倍額賠償という訴訟制度も違法認定を慎重にさせる要因となっている。ひ

このように EU と米国が対極的な立場を採る状況において、我が国の独禁法は、市場における有力な事業者が、「競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成する手段として」従来継続していた取引を拒絶し「これによって取引を拒絶される事業者の通常の事業活動が困難となるおそれ」が生じる場合には、「公正な競争を阻害するおそれ」が認められるとして不公正な取引方法により当該継続取引拒絶を違法とし¹⁰、或いは、当該継続取引拒絶が「合理的な範囲を超えて」行なわれ、「競争の実質的制限」をもたらす場合には(排除型)私的独占としてこれを違法とする¹¹ (なお、我が国の独禁法は法文上、取引を拒絶する事業者と拒絶される相手方事業者との関係につき、「垂直的」ないし「水平的」といった観点から差を設けておらず、その何れの構成関係をも含むと解されるが、排除型私的独占ガイドラインでは「垂直的」な関係を重視して規制の考え方を示しており¹²、実際に判審決で争われた事例も「垂直的」な事案(垂直的継続取引拒絶)である¹³)。単独・直接の継続取引拒絶に対する我が国の規制スタンスは、EU のように原則違法とする積極的立場でもなければ、米国のように原則適法としつつ例外的場合にのみ違法とする消極的立場でもなく、事案個々の状況に応じて柔軟に違法性を判断する中間的な立場を採るものと言えよう¹⁴。

もともと、違法性の判断が柔軟であることの反作用として、違法性判断の基準が不明瞭・不明確であったとの批判がなされていたところ¹⁵、本稿では、公取委のガイドラインによって示される単独・直接の継続取引拒絶の排除行為該当性に関し、市場における有力な事業者が、能率競争に反する形で競争者を排除するところに「目的の不当性」を、競争者の事業活動を困難にするところに「効果の不当性」を見出し、その双方が認められる場合に排除行為該当性の要件が満たされ、当該単独・直接の継続取引拒絶は不公正な取引方法として規制されると解するものである。また、過去の審決によれば、当該排除行為としての継続取引拒絶が、「市場シェアの高い事業者」によって行われ、「公正競争阻害性」のレベルを超えて「競争の実質的制限」に至る場合には、排除型私的独占として規制されると解するものである。

なお、上記の排除行為該当性に関して、本稿ではこれを一般化することを試みた。すなわち、「目的の不当性」を「短期的利益犠牲」の証拠により、「効果の不当性」を「ライバル費用引上げ」の証拠により基礎付け、排除行為該当性を認定するものであり、この一般化した排除行為該当性の判断基準を米国、EU へ適用することの可否に関しては後述する。

とたび違法が認定されると賠償を求めて濫訴状態を引き起こすため、裁判所は経済活動に萎縮効果をもたらすことを懸念して違法認定に慎重である。

¹⁰ 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(平成 3 年 7 月 11 日 公正取引委員会事務局) 第 1 部 第 3-2。

¹¹ 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(平成 21 年 10 月 28 日 公正取引委員会)第 2-5(1)および第 3-2。

¹² 排除型私的独占ガイドライン・前掲注 11, 第 2-5(1)。

¹³ 東洋製罐事件勧告審決(昭 47・9・18 審決集 19 巻 87 頁)。

¹⁴ このような単独・直接の継続取引拒絶に対する我が国独禁法の規制スタンスは、「取引の自由」と「競争の実現」という二つの価値基準が対峙する中で、米国反トラスト法が前者の価値に重きを置き、EU 競争法が後者の価値に重きを置く状況にあつて、価値中立的なスタンスを採るものと思料される。

¹⁵ 滝川敏明「競争者排除行為の違法認定基準(上)」公正取引 671 号(2006 年)23 頁。

各国の法制度の状況や競争政策の方向性がそれぞれ異なることに鑑みれば、継続取引拒絶に対する違法認定の在り方も各国で異なることは止むを得ないということになるだろうが、少なくとも各国の規制基準や規制根拠は明確である必要があろう。企業の経済活動がグローバル化する中であって、競争法の国際調和を求める動きは活発化しており、カルテル規制¹⁶や合併規制¹⁷については国際調和が図られつつある。しかしながら、単独行為規制の国際調和についてはなお流動的で収束の目処が立っておらず¹⁸、従って、単独行為規制の国際調和が前途の長い道のりであるならば、まずは各国の規制基準を明確化し、予見可能な形で法運用することが求められよう¹⁹。単独・直接の継続取引拒絶規制もその例外ではなく、とりわけ、中間的な規制スタンスを採る我が国独禁法は規制基準を明確な形で提示することが国際的にも求められていると思われ、本稿では上記のように違法要件該当性の判断要素を明確化・一般化することを試みた。

1－2．新規取引拒絶規制の国際比較

他方、単独・直接の継続取引拒絶と異なり、単独・直接の新規取引拒絶に関しては、これを競争法上違法とし得るか否かという入り口問題において各国の規制スタンスに相違が見られる。EUは域内市場の統合を実現する上で、市場支配的事業者による新規取引拒絶を濫用行為として規制する法理論が必要とされ、EF理論が有効な規制法理としての役割を果たしてきた²⁰。とりわけ、EUにおけるEF理論の規制アプローチの特徴は「隣接市場における有効な競争を排除するものであること」を違法要件としている点に見出され、隣接市場に市場支配力を拡張するような行為(すなわち、取引相手との関係が「垂直的」である垂直的新規取引拒絶)を違法視すると共に、競争法が積極的に隣接市場の創出・形成に寄与すべく機能するよう政策的に運用されている。もっとも、EUにおいては取引相手との関係が「水平的」で同一の取引段階で行われる水平的新規取引拒絶(例えば、EFとなっているデー

¹⁶ 例えば、マリンホース事件(排除措置命令・課徴金納付命令 平20・2・20 審決集54巻512頁)では日・米・EUの当局が協力して国際カルテルを摘発した。

¹⁷ 合併規制においてはSSNIP基準やHHI指数といった共通の評価尺度が各国の企業結合審査で採用されている。

¹⁸ 例えば、ライセンス拒絶にEF理論を適用してこれを規制するEUに対し、米国司法省反トラスト局のWilliam J. Kolasky次長(当時)は、EF理論を知的財産分野に適用することは不確実性を増大し、技術革新のインセンティブを損なうだけだと批判した(See, Department of Justice, 'North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What?', May 17, 2002, at 10-11)。

¹⁹ 同様の問題意識から国際的な取り組みも行なわれている。国際競争ネットワーク(ICN: International Competition Network)の単独行為ワーキンググループ(The Unilateral Conduct Working Group)は、各国における単独行為規制の状況を横断的に分析する作業を進めており、2010年は取引拒絶をテーマとして取り上げ、規制上の論点や問題点を整理しつつ、各国(対象43カ国)の規制スタンスの特徴や共通点/相違点を比較分析することにより、見取り図的に各国の規制実態を報告している(The Unilateral Conduct Working Group, 'Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws', Presented at the 9th Annual Conference of the ICN, April 2010)。

²⁰ もっとも、これまで欧州司法裁判所は明示的には「EF理論(Essential Facilities Doctrine)」という表現を採用していない。

データベースをコピーする際に必要となるライセンスを拒絶する行為)は違法と認定しない規制スタンスも認められた²¹。

これに対し、米国は単独・直接の新規取引拒絶を規制することについて極めて慎重であり、連邦最高裁レベルで新規取引拒絶を違法とした判例(少なくとも先例となり得る判例)は今日に至るまで認められていない²²(なお、これまで裁判所で争われた事案は全て取引相手との関係が「垂直的」である垂直的新規取引拒絶の事案である)。**Trinko** 事件連邦最高裁判決において単独・直接の垂直的新規取引拒絶の違法性が争われたが、「取引先選択の自由」は既に確立された判例法理であること²³、および裁判所が取引に介入し市場を監督する機能・役割を担うのは不適切であること²⁴等を理由に当該新規取引拒絶をシャーマン法 2 条違反としなかった²⁵。

同様に、我が国独禁法も過去の審判決をみると単独・直接の新規取引拒絶を規制することには慎重であるといえよう。これまでの審判決を通じて、単独・直接の新規取引拒絶が私的独占として独禁法上違反とされたのは NTT 東日本事件 1 件(事案としては取引相手と「垂直的」な関係にある垂直的新規取引拒絶)²⁶があるほか、不公正な取引方法の取引妨害事案としてエレベータ等の部品の取引拒絶に係るものが 3 件ある。このうち NTT 東日本事件最高裁判決で示された審査アプローチでは、米国下級審判例法上の EF 理論²⁷に相当する要件が課され、審査の対象を「不可欠施設」の拒絶事案に限定する姿勢がうかがえる²⁸。また、同判決によれば排除行為該当性の認定は、事案の具体的諸要素を「総合的に考慮」して判断されるところ²⁹、当該具体的諸要素の中に、EF 理論の要件充足性の判断要素が読み込まれていると解されることから、排除行為該当性の判断は米国下級審判例法上の EF 理論

²¹ See, Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG, [2004] ECR I 5039, [hereinafter, 'IMS Health'].

²² **Trinko** 事件連邦最高裁判決では過去に単独・直接の取引拒絶を違法とした判例は継続取引拒絶の事案であるとしており(先例として、**Aspen** 事件連邦最高裁判決(See, **Aspen**, *supra* note 4)および **Otter Tail** 事件連邦最高裁判決(See, **Otter Tail Power Co. v. United States**, 410 U.S. 366 (1973))を参照する)、新規取引拒絶を違法とした判例はこれまでに無いことを示唆する。

²³ See, **Trinko**, *supra* note 4, at 408.

²⁴ *Id.* at 414.

²⁵ また、EF 理論に関しては規制法理として否定はしていないもののその適用可能性については極めて消極的な見解が示された(*Id.* at 411)。

²⁶ 不公正な取引方法については、一般指定 2 項違反とされた事案は 37 件(昭和 57 年 6 月に改正される以前の不公正な取引方法の一般指定 1 項違反をも含む)があるが、その何れの事案も行為主体が協働組合や事業者団体といった複数の事業者の結合体であったり、或いは、他の事業者を介して間接的に取引拒絶を行なわせる等何らかの共同性が認められるため、純粋な意味で単独・直接の継続/新規取引拒絶であったとはいえない(鈴木孝之「取引拒絶でみる不公正な取引方法の構成要件の在り方」白鷗大学法科大学院紀要 第 2 号(2008 年)135~144 頁)。また、私的独占については、本稿で取り上げた東洋製罐事件勧告審決(前掲注 13)が単独・直接の継続取引拒絶の事案として位置付けられるが、単独・直接の新規取引拒絶の事案は NTT 東日本事件最高裁判決(後掲注 28)1 件のみと考えられる。

²⁷ ここでは、**MCI** 事件連邦控訴裁判決(**MCI Communications v. AT&T**, 708 F.2d 1081(7th Cir. 1983))で示された EF 理論の 4 要件(①独占者によって不可欠施設が支配されていること、②競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的であること、③競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶していること、および④当該不可欠施設を共用することが可能であること)を言う。

²⁸ NTT 東日本事件最高裁判決(最判平・22・12・17 民集 64 巻 8 号 2067 頁) 理由 3。

²⁹ NTT 東日本事件最高裁判決・前掲注 28, 理由 4。

の要件充足性の判断と「実質的に同じ」であると解される。

他方、本稿における分析によれば、NTT 東日本事件最高裁判決にみる排除行為該当性の判断アプローチは、公取委のガイドラインによって示されるものと基本的に同一であると解され、排除行為該当性を「目的の不当性」と「効果の不当性」によって判断していると解するものである。さらに、本稿では、単独・直接の新規取引拒絶に対してはベースライン問題を理由として「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」といった識別基準は事案の外形上原則的に適用できないであろうことを立論してきたが、同事件のように取引義務が課される場合等、ベースライン問題を克服し得る根拠がある場合には当該新規取引拒絶においてもこれら識別基準が適用できると考え、また、継続取引拒絶と新規取引拒絶とで可能な限り共通の規制概念を採用すべきとの考えに基づき、同判決においても「目的の不当性」を「短期的利益犠牲」の証拠によって、「効果の不当性」を「ライバル費用引上げ」の証拠によってそれぞれ基礎付け、排除行為該当性を認定し得ることを示しつつ判旨に整合的な解釈を与えることを試みた³⁰。

なお、同判決は取引義務を有する単独・直接の垂直的新規取引拒絶を独禁法上違法としたものであるが、取引義務が無い場合については審判決の蓄積が少なく、違法性判断基準の明確化という点で更なる検討が必要と考えられる。

第2節 外形的特徴に基づくタイプ別分類による各国の規制状況

本稿では、単独・直接の取引拒絶を事案の外形的特徴に基づいてタイプ別に分類し、各国における各タイプの違法性判断の在り方を予備的に整理してきた。

以下では、米国、EU、および我が国の事案を重ね合わせて改めて整理を行い、それぞれのタイプにおける各国の規制状況を確認するとともに、ここから導かれる共通要素から、それぞれのタイプに対する違法認定の在り方を一般論として提示したい。

なお、ここに至るまでの検討において、単独・直接の取引拒絶を規制する上での主たる論点は排除行為該当性の認定の在り方にあると解されるため、以下の第2節および第3節においては、米国シャーマン法2条の要件である独占力保有の認定、EU競争法102条の要件である市場支配的地位の認定、我が国独占禁止法3条の競争の実質的制限の認定に関する問題は所与として、排除行為の認定に関する問題に絞って検討を行うこととする。

2-1. タイプ別分類とタイプ別の規制状況についての確認ならびに検討

まず、単独・直接の取引拒絶を、新規/継続の違い、および取引相手方との水平的/垂直的關係に着目し、これらの外形的特徴をタイプ別に分類すると表1(序章末尾に掲載)のように

³⁰ 参照 第10章 第3節。

なる。

次に、本稿で検討した各国の主要な判例をタイプ別に仕分けると表 9(本章末尾に掲載)のようになり³¹、さらに、違法認定の判断要素を併記して再整理すると表 10(同)のようになる。

表 10 を基にタイプ別の規制状況について確認ならびに検討すると以下のように考えられる。

<Type X(単独・直接の水平的新規取引拒絶)>

これに該当する事案は EU における 1 件(No.19)があるところ、当該事案では、同一市場・同一の取引段階において競争関係にある事業者に対して新規の取引の申し入れを拒絶することは「適法」との判断が為されている。この判断は競争者に対して安易に協力することを求めるのではなく、あくまで活発な競争を志向するものであり、競争法の文脈において妥当な見方であると思われる³²。従って、Type X については競争法上の問題を生起する局面は限定的であり、基本的には「競争法上の問題を生起するものではない」との見方が妥当すると解される。

<Type A(単独・直接の水平的継続取引拒絶)>

これに該当する事案は米国における 1 件(No.4)および EU における 1 件(No.10)があるが、何れの事案も能率競争に反する行為を排除行為と定位し、ライバル費用引上げや短期的利益犠牲といった証拠から行為の反競争性を推認し排除行為該当性を認定している。競争法の文脈では同一市場において競争関係にある事業者に対して新規の取引の申し入れを拒絶することは「適法」とすべきと解される(上記 Type X)一方で、一旦利益を見込んで取引を開始し、以降、能率競争に適う形で協業関係を構築し、取引関係が継続されてきた場合、当該継続取引を拒絶することは、短期的には利益を犠牲にしつつ競争者の費用を増大させ、長期的には競争者を排除し市場を独占すること(利益犠牲の埋め合わせと独占利潤の享受)が推認されることから、当該継続取引拒絶は能率競争に反する排除行為として違法と評価されるものと解される。

<Type B(単独・直接の垂直的継続取引拒絶)>

これに該当する事案は米国における 3 件(No. 1, 2, 8)、EU における 2 件(No.9, 11)、日本における 1 件(No. 21)であり³³、表 9 によれば、各国における何れの事案も「違法」と判定

³¹ 表 9 において、本稿で検討の対象として取り上げた No.1~22 の各事案は、本稿のテーマに関わる範囲で筆者の取捨選択に基づくものであるため必ずしも網羅性を担保するものではないが、各国における単独・直接の取引拒絶の判例法形成に資する事案という意味においては一定程度重要と思われる事案を取り上げたと考えている。

³² Type X の取引拒絶は正に活発な競争関係の発露であり、競争法の趣旨に鑑みて原則的に違法となることは無いと考えられる。支配的事業者が不可欠施設等を専有しているとして、当該不可欠施設は競争者に対する競争力の源泉であり、たとえ支配的事業者であってもこれを競争者に対して共用する義務は負うべきではないと解される。また、競争者の側においては当該不可欠施設を共用できない状況こそが支配的事業者に対抗するイノベーションの創出に向けた動機となるため、安易に共用義務を認めることはイノベーションの創出を阻害し、あり得た競争を減退してしまうものと思料される。

³³ Type B および Type Y は、取引相手方が川下市場における競争者であるケースと、単なる顧客であるケースの双方が想定されるが、競争に及ぼす影響の観点から重視すべきは前者の「競争者排除」のケースであり、本稿ではこれまで前者の「競争者排除」のケースに焦点を当てて検討してきたし、以下でも「競

されている。Type B は Type A 同様、利益を見込んで取引を開始し、その後、能率競争に適う形で継続取引関係を維持していたにもかかわらず当該継続取引関係を停止するものであり、その因果的帰結は上記と同様に推認され、当該継続取引拒絶は能率競争に反する排除行為と評価し得る。さらに、Type B に該当する取引拒絶は川上市場における市場支配力を梃子として、人為的に川下市場の競争者を排除するものであり、競争法上の評価としては反競争性がより強く、排除行為として違法認定される確度はより一層高いと推察される。

<Type Y(単独・直接の垂直的新規取引拒絶)>

これに該当する事案は米国における 4 件(No. 3, 5, 6, 7)、EU における 8 件(No. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20)、日本における 1 件(No. 22)がある。表 10 によれば、EU では取引拒絶が EF 理論として示される一定の要件を充足する場合にこれを濫用行為として違法とするのに対し、米国では取引拒絶が短期的利益を犠牲にするなど能率競争に反する場合にこれを排除行為として違法とし、我が国では取引拒絶が反競争的な人為性と排除効果を伴う場合にこれを排除行為として違法とする。

各国とも濫用行為該当性ないし排除行為該当性の要件を提示しており、Type Y を規制するための違法要件自体は用意されていると解されるが、表 9 を参照する限り、各国の Type Y に対する違法認定の在り方は一様ではなく、Type Y の違法性を判断することの難しさがうかがえる。

2-2. 各タイプにおける排除行為該当性の判断要素の「一般化」と各国の規制の在り方の異同

上記の検討を踏まえ、表 11(本章末尾にて掲載)ではタイプ毎またはタイプ間の共通要素を考慮し、それぞれのタイプに求められる排除行為該当性の主要な判断要素を「一般化」して提示することを試みた。

まず、Type X については先に言及したとおり、基本的に「競争法上の問題を生起するものではない」として規制の対象外と位置付けることが妥当であると思われる。

次に、Type A および Type B については何れも継続取引拒絶の類型であり、利益を見込んで取引を開始し、その後、能率競争に適う形で維持されてきた継続取引関係を一方的に停止するものである。継続取引拒絶においては、水平/垂直にかかわらず、行為の性格上、短期的には利益を犠牲にしつつ競争者の費用を増大させ、長期的には競争者を排除し市場を独占することが推認されることから、従前の取引関係をベースラインとして「短期的利

争者排除」のケースに焦点を当てて検討する。これに対し、「顧客排除」のケースは、顧客に対して競争法上違法な行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が用いられる場合や、競争者と取引関係ないし協業関係にある顧客に対して取引拒絶等の圧力をかけることで顧客と競争者の取引関係ないし協業関係を破綻させ、ひいては競争者の排除を目論む単独・間接の取引拒絶の場合がこれに該当するが、行為の不当性の所在が単独・直接の取引拒絶とは異なるため、ここでは検討の対象外とする。

益犠牲」と「ライバル費用引上げ」を根拠に能率競争に反する濫用行為ないし排除行為として認定することが首肯し得ると解され、従って、これら一般化された判断要素によって規制法理を構成することが考えられる。

そして、このような規制法理は **Type A** および **Type B** に対する各国の違法要件が異なるとしても、「短期的利益犠牲」と「ライバル費用引上げ」を伴う行為を能率競争に反して競争過程を害する行為と評価・判断することに理論的な障害は無いと思われ、何れの法域においても適用可能な「共通の規制法理」であると考ええる。

他方、新規取引拒絶である **Type Y** は、取引義務が課されている等の事情によってベースラインが設定できない限り、上記のように「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」によって不当性を基礎付けることができないため、ベースライン問題を理由として現時点では **Type Y** における濫用行為該当性ないし排除行為該当性の判断要素を一般化する法理論は十分な形で定立されるに至っていないと解され、ここでの論点は取引義務等のベースラインを設定することの是非に集約されるものと思料される。

まず、米国は下級審の判例法理として形成された **EF** 理論を有するものの、連邦最高裁はその採用に消極的であり、**Trinko** 事件連邦最高裁判決に見られるように、「イノベーションに対するインセンティブの確保」といった観点から、取引義務を課すことに慎重であり、ベースラインを設定するための積極的な法理論は十分形成されるに至っていない。

他方、**EU** は域内市場の統合を実現する上で **EF** 理論が必要とされ、また、判決・決定において同理論が積極的に活用されており、同理論はベースラインの設定根拠として有効に機能している。**EU** においても「イノベーションに対するインセンティブの確保」は論点となっているが、**EF** 理論が「隣接市場における有効な競争を排除するものであること」および「消費者需要のある新製品の出現を妨げるものであること」を要件として求めており³⁴、これら要件によってインセンティブ保護と競争保護のバランス判断の在り方を明確に規定しているものと解される³⁵。

これらに対し、我が国は **NTT 東日本** 事件最高裁判決において、事業法による取引義務が課されている状況の下、独禁法の観点から **Type Y** の取引拒絶を違法とした。従って、事業法による取引義務をベースラインとする規制法理は同判決により明らかとなったが、事業法による取引義務が存在しない場合に如何にしてベースラインを設定するのかについては検討を要する課題であると認識される

従って、米国・**EU**・日本のそれぞれにおいて、**Type Y** に対する違法認定の在り方、すなわち、ベースラインの設定に関する法理論の形成・運用の在り方は異なっており、米国と

³⁴ **Microsoft** 事件一般裁判所判決で示された **EF** 理論の 4 要件のうちの第 2 要件と第 3 要件である (Case T-201/04 **Microsoft v. Commission**, [2007] ECR II-3601, paras. 332-333 [hereinafter, '**Microsoft CFI**']).

³⁵ 例えば、**Microsoft** 事件一般裁判所判決は、被告がインセンティブを理由に抗弁を試みる場合、インセンティブの保護がライセンス拒絶によりもたらされる競争減殺効果を打ち消すだけのメリットを有することを「証拠」として提示することを求めた (Id. para. 706)。

EU が対照的なスタンスを採る中で、我が国が米国と EU の何れを参照すべきかが問われるものと解される(この点については後述)。

第 3 節 我が国への示唆

3-1. Type Y を規制する上での課題認識

Type Y に関する我が国の私的独占事案は NTT 東日本事件最高裁判決一件のみであり、同判決は、事業法による取引義務が課されている状況の下、川上市場における支配的事業者が単独かつ直接的に川下市場の競業者に対して新規の取引を拒絶することは違法であると判断した。しかしながら、本件事案の状況からは、取引義務が課されていない状況、すなわち不当性評価のベースラインが設定されていない状況の下において Type Y の取引拒絶が如何なる根拠により違法となるのか未だ十分明らかではないと考えられる³⁶。

従って、本稿では上記により認識される課題を「Type Y 規制上の課題」と称し、ここに含まれる論点として、以下 3 点を設定する。

- (i) : 取引義務等の存在しない Type Y に対して如何なる形で不当性評価のベースラインを設定するか。
- (ii) : 規制により Type Y に対して取引義務を課す場合、比較法の観点から意識される問題として投資インセンティブの阻害、ひいては競争への影響についてどのように考慮するか。
- (iii) : 継続取引拒絶である Type A および Type B との統一的な基準の設定は可能か。

なお、我が国における「Type Y 規制上の課題」を論及する上では比較法の観点から改めて考察を加える必要があり、上記(i)(ii)(iii)の論点の検討に入る前に米国と EU の規制手法における「問題点」と「利点」を以下に確認する。

<米国>

米国は「行為の不当性(排除行為該当性)」を識別する法理論(短期的利益犠牲、ライバル費用引上げ等の理論形成)の面で先行しており、また、これら法理論についての有益な議論が蓄積・展開されており、ここに米国を参照する意義と必要性が見出せる。

(問題点) : 米国ではイノベーション創出に向けた投資インセンティブの保護が重視されており、長期的な競争促進の観点から Type Y を含む取引拒絶の違法認定に慎重

³⁶ この点に関し、米国と我が国の判例・学説の分析を通じて、反トラスト法と独禁法の双方の規定には単独・直接の新規取引拒絶に対してこれを規制する法的根拠が存在しないと見る立場がある(参照 福田雅樹『情報通信と独占禁止法』(信山社・2008 年)596～597 頁)。

であり、また、行為の不当性のベースラインが設定できない限り、上記の法理論によって不当性を評価することができず違法を認定できない。

(利点) : 長期的な競争促進と短期的な競争促進のバランス判断が合理的に行われ、短期的な競争促進を重視すべきとの判断のもとにベースラインを設定できれば、行為の不当性を客観的に評価することが可能となり、上記の法理論を用いて規制根拠を明確な形で説明できる(当事者にとって把握可能な違法性判断の基準を提示できる)。

<EU>

EUは「域内市場の統合」等の政策命題に基づき競争法が執行されており、また、当該政策命題に合致する形で政策的に単独・直接の取引拒絶を違法とし得る法理論(その典型例がEF理論)が形成され運用されてきたところに特徴があり、ここにEUを参照する意義と必要性が見出せる。

(問題点) : 上記の政策命題(「域内市場の統合」等)はEU固有の命題であり、我が国を含め安易に他の法域に同様の考え方を適用できない。

(利点) : EUでは「域内市場の統合」等の固有の命題に止まらず、明示的に、市場への競争導入、事業者の創意や技術革新、新製品・新サービスによる新たな市場の創出といった命題もEF理論の要件によって実現すべき命題とされており、この考え方を援用することが許されるなら政策的に競争を導入すること(すなわち、政策的にベースラインを設定すること)が可能となる。

3-1-1. 「Type Y 規制上の課題」におけるベースライン問題に対する試論

「Type Y 規制上の課題」で観念される単独・直接の新規取引拒絶は、「取引義務が存在する状態」ではなく、一般に「取引先選択の自由」が妥当する「未だ取引関係にない状態」がベースラインとなるため、取引当事者の自由な意思に委ねられる限り「取引義務が存在する状態」を規定することはできず、従って、「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」によって行為の不当性を基礎付けることができない。

しかしながら、我が国の独禁法は私的独占の禁止規定を適用する上で、違法要件の一つとして排除行為該当性の認定を要求しており、この点に鑑みれば、何らかの形で行為の不当性を識別する必要がある³⁷、また、その際、何らかの形で不当性を基礎付けるためのベースラインを設定する必要がある³⁷。

³⁷ 「短期的利益犠牲」の証拠や「ライバル費用引上げ」の証拠を行為の不当性を基礎付けるための根拠とすることについては、あくまで本稿の提示する一つの見方であり、批判的な検証と多面的な議論を要するところであると認識しているが、単独・直接の新規取引拒絶は行為の不当性を基礎付けるためのベースラインを欠いていることには留意する必要がある、如何なる根拠に依るとしても、このベースライン問題を克服する必要があると考える。

上記にて米国と EU の規制手法の比較によれば、EU は市場への競争導入、事業者の創意や技術革新、新製品・新サービスによる新たな市場の創出を EF 理論の要件として設定することによって政策的に競争を導入すること(すなわち、政策的にベースラインを設定すること)を既に実現している。

我が国には EU における「域内市場の統合」といった政策命題は存在しないが、EU において意識されている川下市場への競争導入や新製品・新サービスによる新たな市場創出といった一般的な命題は、例えば第 10 章で論及した NTT 東日本事件において、FTTH サービス需要が川下市場で競合各社によって新たに展開されようとしている状況のもと、NTT 東日本が競合各社に対して逆ざやとなる価格設定により実質的に新規の取引を拒絶した行為について最高裁がこれを違法と認定したこと、或いは、一連のエレベータ事件³⁸等³⁹の部品の供給に係る不当な取引妨害事件において、エレベータの保守サービス需要等が川下市場を形成し、独立系保守業者が当該需要を満たすべく低廉な料金を新たな付加価値として川下市場で活発な事業活動を行い川下市場の拡充に寄与している状況のもと、メーカー系保守業者が独立系保守業者に対してエレベータ部品の新規供給を拒絶した行為について裁判所や公取委がこれを違法と認定したことに鑑みれば、我が国の独禁法においても適合的な命題であると解され、また、EU と同様の規制を独禁法の解釈と運用により実現していると思料される。

従って、EU の規制手法を手掛かりに政策的に競争を導入すること(政策的にベースラインを設定すること)は一つの考え方としては首肯し得るものと解される⁴⁰。

もっとも、上記のように政策的に競争を導入する場合、米国が重視する投資インセンティブの問題とどのようにバランスを図るかが論点となる。

3-1-2. 「Type Y 規制上の課題」における投資インセンティブ問題に対する試論

米国では Trinko 事件連邦最高裁判決に見られるように投資インセンティブの保護を重視し、投資インセンティブの減退の懸念から Type Y を含む取引拒絶の規制に慎重である⁴¹。この立場は事業者の投資インセンティブを減退させてまで短期の競争を導入するよりも投

³⁸ 東芝エレベータテクノス事件大阪高裁判決(大阪高判平 5・7・30 審決集 40 巻 651 頁)、および三菱電機ビルテクノサービス事件勧告審決(平 14・7・26 審決集 49 巻 168 頁)。これら事案の概要は第 10 章 第 3 節参照。

³⁹ 前掲のエレベータ事件に類似する事案として機械式駐車場装置の部品の取引拒絶が不当な取引妨害として違法認定された東急パーキングシステムズ事件勧告審決(平 16・4・12 審決集 51 巻 401 頁)がある。

⁴⁰ 同様に、我が国には EU における市場支配的事業者の「特別の責任」といった規範的思想は存在しないが、市場支配的事業者によってもたらされる競争制限の状態を競争政策によってどのように解決するか、という規制の実質的側面においては EU も我が国も問題意識を同じくするものと解され、EU の規制手法を参照することは首肯し得るものと解される。

⁴¹ Trinko 事件連邦最高裁判決では、事業者に対して「優位性の源泉であるインフラ施設を共用するよう強制することは、独占的事業者のみならず、その競争事業者においても、経済的に有益なインフラ施設を構築する投資インセンティブを損うおそれがあるため、反トラスト法の基本目的に反することとなる」との見解を示す(See, Trinko, supra note 4, at 407-408)。

投資インセンティブを保護して長期の競争を促進するほうが消費者利益に資するとの考えに基づくものである。

このような投資インセンティブに対する配慮の必要性は、政策的に競争を導入している EU でも考慮されており、例えば、EU の 82 条ガイダンスでは、リスクを取りつつ将来にわたって継続的な投資インセンティブを確保する上で、支配的事業者が投資の適切な回収を実現すべく供給を拒絶することは許容される必要があるとの見方を示す⁴²。

もっとも、同ガイダンスは、支配的事業者が投資インセンティブの抗弁を試みる場合、自身のイノベーションに対するネガティブな影響を証明する必要があるとし⁴³、また、問題とされる行為の客観的必要性や効率性の創出が消費者に及ぼす反競争的效果を上回ることと比較衡量によって証明する責任を支配的事業者に対して課しており⁴⁴、投資インセンティブ確保による長期の競争促進効果と投資インセンティブ抑制による短期の競争促進効果を消費者利益に及ぼす影響という観点から比較衡量することにより規制するとの考え方を採っている。さらに、投資インセンティブの問題が先鋭化する知的財産権のライセンス拒絶の事案において、EU の裁判所は、川下市場において有効な競争が排除され、それによって消費者需要のある新製品の出現や技術的發展が阻害される蓋然性が認められる場合、合理的で客観的な正当化事由が示されない限り当該ライセンス拒絶を濫用行為として規制するとの立場を示しており⁴⁵、競争過程への加害、ひいては消費者へ及ぼす影響と正当化事由(投資インセンティブ問題を含む)との「比較衡量」という形で違法性を判断する規制スタンスそれ自体は 82 条ガイダンスの規制スタンスに共通する。そしてこれら規制スタンスは、川下市場で競争促進のメリットがあるにもかかわらず川上市場における不可欠施設の存在が明らかに制約となっている場合には、不可欠施設の取引を義務付けることによって実現される川下市場での競争促進のメリットが、取引を義務付けることによって生起する投資インセンティブの阻害、ひいては川上・川下市場での競争制限のデメリットを上回るとの判断を行うものである。

このように EU においても米国と同様に投資インセンティブを考慮することの必要性が意識され、消費者利益ないし競争過程に及ぼす影響という観点から比較衡量により判断が行われている。また、EU の当局・裁判所は投資インセンティブの保護によってもたらされる長期的な競争促進は不確実性を伴うのに対し、取引義務を課すことによってもたらされる短期的な競争促進は確実であるという認識の下、支配的事業者に抗弁としての証明責任を課すものであり、これは支配的事業者が投資インセンティブ保護の必要性を証拠により提示し説得的な論証に成功すれば当該投資インセンティブは保護すべきとの判断を導き得

⁴² See, Article 82 GP, *supra* note 3, para. 89.

⁴³ *Id.* para 90. また、Microsoft 事件一般裁判所判決も支配的事業者に同様の証明責任を要求する(See, Microsoft CFI, *supra* note 34, para 706)。

⁴⁴ See, Article 82 GP, *supra* note 3, para 28.

⁴⁵ See, Jointed Cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission [1995] ECR I -743, paras. 52-54, [hereinafter, 'Magill']; IMS Health, *supra* note 21, para. 52; Microsoft CFI, *supra* note 34, para.332.

ることから、投資インセンティブを重視する米国の規制スタンスに鑑みても一つの合理的な判断プロセスであると解される。

従って、Type Y 規制上の課題における投資インセンティブの問題は、支配的事業者に抗弁としての証明責任を課しつつ、消費者利益や競争過程に及ぼす影響という観点から比較衡量により合理的・客観的に当該投資インセンティブを保護すべきか否か判断する形で解決を図ることが考えられよう。

3-1-3. 「Type Y 規制上の課題」における継続取引拒絶(Type A および Type B)との統一的な基準の設定に対する試論

上記にて、支配的事業者の抗弁が成功しなかった場合、EU の規制手法によれば、当該支配的事業者に対して「競争法上の取引義務」を課することが首肯される。

EU における EF 理論の到達点を提示した Microsoft 事件一般裁判所判決⁴⁶によれば、下記 4 つの要件を満たす場合、Type Y の取引拒絶(ライセンス拒絶)は濫用行為として規制される。なお、Microsoft 事件一般裁判所判決によれば、要件③が要求されるのは、知的財産権に係るライセンス拒絶の事案に対してであり、物的財産権に係る取引拒絶では要件③は要求されない⁴⁷が、EU の 82 条ガイダンスでは物的財産権に係る取引拒絶と知的財産権に係るライセンス拒絶で差異を設けずに要件③と同等の要件を課していること⁴⁸、および、上記のインセンティブ問題を踏まえれば要件③は物的財産権に係る取引拒絶においても考慮すべき要件であると解されることから、以下では物的財産権か知的財産権かに係わらず要件③を考慮するものとする。

- ①：当該拒絶行為が川下市場における特定の事業活動の実施に不可欠な製品若しくはサービスを対象としている。
- ②：当該拒絶行為が川下市場における有効な競争を排除するものである。
- ③：当該拒絶行為が潜在的な消費者需要のある新製品の出現を妨げるものである。
- ④：当該拒絶行為に客観的な正当化事由が無い。

上記 Microsoft の EF 理論が示唆するのは、競争政策の観点から取引が求められている分野において Type Y の取引拒絶が生起し、これが当該 EF 理論の 4 要件を満たす場合、規制根拠としての「競争法上の取引義務」が規定され、「競争法上の取引義務がある状態」をベースラインとして、Type Y の取引拒絶の「行為の不当性」を基礎付け得る、ということである⁴⁹。

⁴⁶ See, Microsoft CFI, supra note 34.

⁴⁷ Id. paras. 332-333.

⁴⁸ See, Article 82 GP, supra note 3, para.81.

⁴⁹ このような考え方は、例えば電気通信事業分野等において、事業政策の観点から事業法を制定し、事業

さらに、このような見方が首肯されるならば、EU の規制法理を手掛かりとして、我が国における「Type Y 規制上の課題」を埋めることが考えられ⁵⁰、その場合、EU 機能条約 102 条の違法要件である「濫用行為該当性」と、私的独占の違法要件である「排除行為該当性」の関係、具体的には、「濫用行為該当性」を判断する要素である上記 EF 理論の 4 要件と、「排除行為該当性」を判断する要素である「目的の不当性(すなわち、能率競争に反する競争者の排除)」および「効果の不当性(すなわち、競争者の事業困難性)」との関係を明らかにする必要がある。

そこで改めて上記 EF 理論の 4 要件に見出される不当性の判断要素について確認すると、まず、要件①では製品・サービスの不可欠性に依拠した取引拒絶によって、競争者の事業活動が困難になるところに不当性が見出されており、これは競争者に及ぼす客観的な競争減殺効果という意味において「効果の不当性」に相当するものと解される。

次いで、要件②では有効な競争単位を排除し競争過程を害するところに不当性が見出されており、これは有り得た競争を人為的に歪曲し能率競争に反するという観点から「目的の不当性」に相当するものと解される。

また、要件③では有効な競争を通じて実現されるべき消費者利益や技術的發展が、競争者の排除および競争過程への加害によって阻害されるところに不当性が見出されており、これは②の延長上に位置付けられるものと考えられ、同様に「目的の不当性」に相当するものと解される。

そして、要件④は投資インセンティブの問題等を含めた正当化事由を、②によって示される競争過程への加害、ならびに③によって示される消費者や技術的發展への影響と比較衡量することを表明するものであり、②③と同一の次元で比較衡量が行われるという観点から、同様に「目的の不当性」に相当するものと解される。

このように、EU 機能条約 102 条の違法要件である「濫用行為該当性」を判断する要素としての EF 理論の 4 要件と、私的独占の違法要件である「排除行為該当性」を判断する要素としての「目的の不当性」および「効果の不当性」は相互に参照可能であり、不当性を評価するための判断要素として機能的に一致していると見ることができよう。

従って、我が国における Type Y の取引拒絶の事案においても、EU 競争法上の「濫用行為該当性」の判断要素である EF 理論の 4 要件を援用しつつ、事案の諸要素を 4 要件の観点から「総合的に考慮する」ことによって、「目的の不当性」と「効果の不当性」を導き、もって「排除行為該当性」を認定することが考えられよう。

そしてこの場合、本稿の見方に基づき不当性の根拠をより一般化・明確化した形で提示するならば、事案の諸要素が EU 判例法上の EF 理論の 4 要件を満たすことに鑑みて川上市

者に事業法上の取引義務を課しつつ、義務違反が生じた場合に「事業法上の取引義務がある状態」をベースラインとして当該義務違反の「行為の不当性」を基礎付ける考え方と基本的に同じである。

⁵⁰ もっとも、前述のように我が国の競争政策が EU における「域内市場の設立」に類するような政策目標を掲げていない点には留意する必要があるが、「競争政策の観点から取引が求められている分野」は何れの法域においても存在し得るため(この点については「競争政策の観点から『取引すべき状態』が要請される分野」として後述)、競争法によって取引義務を課すことの必要性は認められるものと解される。

場における「競争法上の取引義務」を規定し、「競争法上の取引義務がある状態」においてもなお川上市場で新規の取引申込みを拒絶するような行為は、当該「競争法上の取引義務がある状態」をベースラインとして、「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」を伴う行為として評価することも考えられよう。すなわち、

- ・行為者が、川上市場(不可欠施設の取引市場)において「競争法上の取引義務」を課され、川下市場における競争者と取引することにより利益確保が可能となるにもかかわらず、川上市場で当該競争者との取引を拒絶することは、長期的に川下市場での独占化を実現するために短期的利益を犠牲にする行為と評価し得る。
- ・行為者が、川上市場における「競争法上の取引義務」により、川下市場における競争者に対して不可欠施設の取引をすることが要請されているにもかかわらず、川上市場において当該競争者との当該不可欠施設の取引を拒絶することは、当該競争者に代替取引先の探索や新たな設備投資等の費用負担を強いるものであることから、費用を引き上げる行為と評価し得る。

このように、上記一連の論証プロセスから、EU 判例法上の EF 理論の要件充足性を審査することは、「目的の不当性」と「効果の不当性」を評価することと合致し、さらに、「短期的利益犠牲」および「ライバル費用引上げ」を不当性の判断要素とすることと合致するものであり、これにより継続取引拒絶(Type A および Type B)と統一的な規制根拠を定立し得るものと解される。

3-2. 競争政策の観点から「取引すべき状態」が要請される分野(単独・直接の新規取引拒絶に対して「競争法上の取引義務」を規定することが想定される市場)

上記のように、競争政策の観点から Type Y の取引拒絶を規制することが首肯され得るとした場合、どのような市場が規制の対象となり得るのであろうか。

まず、公益事業分野については、これを規律する事業法ならびに監督する規制当局が存在し、事業法により取引義務が課されるため、本稿にいう「Type Y 規制上の課題」はここでは特段問題となるものではないが、支配的な地位にある事業者によって Type Y の取引拒絶が行われた場合、事業法によりこれを規制することはもちろんのこと、事業法規制のみでは十分な競争状態が実現できない場合には「事業法上の取引義務」と相互補完的に「競争法上の取引義務」をも規定し、「競争法上の取引義務がある状態」をベースラインとして当該拒絶行為の不当性を基礎付け、独禁法によって取引を強制することにより競争状態を実現・向上することが求められよう⁵¹。

⁵¹ 例えば、NTT 東日本事件は「事業法上の取引義務」が存在していたにもかかわらず、十分な競争状態を実現できなかった事案であり、競争政策の観点から「取引すべき状態」が要請される電気通信事業分野に対して、「事業法上の取引義務」と相互補完的に「競争法上の取引義務」を規定することにより競争状態を実現した事案と見ることもできよう。

他方、事業法や規制当局が存在しない、私益事業一般の事業分野で **Type Y** の取引拒絶が生起する場合、すなわち、「**Type Y** の規制上の課題」が顕在化する場合には「競争法上の取引義務」を規定することが必要となるものと解される。

EU では、著作権⁵²や特許⁵³といった知的財産権、および新聞の戸別配送網⁵⁴といった物的財産権が不可欠施設と定位され EF 理論の観点から検討が試みられてきた。EU の判例で特徴的な分析視角は「川下市場」における競争の排除を重視している点である⁵⁵。すなわち、不可欠施設を保有していることによって川上市場で支配的地位にある事業者が、当該不可欠施設へのアクセスを拒絶することで「川下市場」における有効な競争を排除し、新製品の出現や技術的な発展を阻害するものである場合にこれを濫用として規制するものであり、この局面において不可欠施設に対する投資インセンティブの確保(長期的な競争促進)と不可欠施設に起因する川下市場における独占の弊害の除去や川下市場における革新的な事業者の参入による消費者利益の確保(短期的な競争促進)とを比較衡量し、後者を重視すべきとの判断に至った場合には、独禁法によって取引強制或いはライセンス強制という形で規制することが容認され得るものと解される。

なお、私益事業一般の分野において競争政策の観点から「取引すべき状態」が要請される事業分野とは、価格や数量等の面で「川下市場」における独占の弊害が顕著な事業分野、或いは、付加価値⁵⁶や技術革新⁵⁷等の面で「川下市場」の拡大・成長が期待される事業分野が該当するものと解されるが、公益事業のように規律する事業法や監督する規制当局が存在しないことを考慮すれば、該当理由の明確化、客観的な規制基準(とりわけ、不可欠性の要件についての厳格な認定基準⁵⁸)の提示、法適用時の具体的な説明等、競争が必要な事業分野について十分な評価を行うことがより一層求められよう。

そして、当該事業分野において生起する **Type Y** の取引拒絶が「川下市場」における有効な競争を排除し「川下市場」に支配力を拡張しつつ新製品の出現や技術的な発展を阻害する事案に対して EU 判例法上の EF 理論を援用することにより「競争法上の取引義務」を規定し、「競争法上の取引義務がある状態」をベースラインとして当該アクセス拒絶およびライセンス拒絶の不当性を基礎付け、独禁法によって取引強制を可能ならしめることにより「川下市場」の競争状態を実現・向上することが求められよう。この点については、前述の一連のエレベータ事件等における部品の供給に係る取引妨害事件の違法認定も「独禁法

⁵² See, Magill, supra note 45.

⁵³ See, Microsoft CFI, supra note, 34.

⁵⁴ See, Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, [1998] ECR I -7791, [hereinafter, 'Oscar Bronner'].

⁵⁵ 例えば、Microsoft 事件一般裁判所判決で示された EF 理論の 4 要件のうち、第 1、第 2、第 3 要件が「川下市場」への影響に着目するものである(See, Microsoft CFI, supra note 34, paras. 332-333)。

⁵⁶ See, Magill, supra note 45; see also, IMS Health, supra note 21.

⁵⁷ See, Microsoft, supra note 34.

⁵⁸ See, Oscar Bronner, supra note 54. なお、不可欠性の要件を厳格に設定するならば、既存の支配的事業者の有する不可欠施設が「不可欠」となるが故に、もはや川上市場への競争者の参入は考慮する必要は無く、従って、当該競争者の参入インセンティブも考慮する必要は無いと考える。

上の取引義務」を規定し「川下市場」の競争状態を実現・向上することが求められた事案であると解される⁵⁹。

もっとも、私益事業分野では先述のように事業法や規制当局が存在しないため、取引強制およびライセンス強制の局面では取引条件をいかに規定するかが問題となり、米国の裁判所が取引強制に消極的である理由の一つがここにある⁶⁰。

この問題に関しては、基本的には取引当事者間の自由な決定に委ね⁶¹⁶²、マージン・スクイーズが生じた場合にのみ「合理的な価格」の設定に介入すべきと考える⁶³。もっとも、取引義務を課した時点で、取引拒絶と同等の排除効果を持つマージン・スクイーズは生起しないことが前提となるため、マージン・スクイーズが生起しない形で取引当事者が合意することを競争回復措置として明示する必要がある。

第4節 結語

以上で本稿における検討を終える。

本稿では、単独・直接の取引拒絶(Type A, Type B, Type Y)を検討の対象としつつ、「何らかの形で当事者にとって自分の行なっている行為が社会を害するものであると認識できな

⁵⁹ 参照 前掲注 38。

⁶⁰ See, Trinko, *supra* note 4, at 408.

⁶¹ 白石教授は「命令のなかで具体的な価格や取引条件を明示する必要はないのであって、やや抽象的な命令を出しておいたうえで、命令の趣旨に合致しない状況が継続した場合だけ事後的に命令違反を問いさえすれば足りる、という発想も可能ではないか。多くの事業法において、価格の事前認可制を廃止し、届出を条件として自由な価格設定を認めたうえで、弊害を生じるものだけについて事後的に変更を求めるという制度が作られているが、これも結局は、同根の発想であろう」との見解を示す(白石忠志「不当な取引拒絶・不当な差別取扱い」日本経済法学会編『経済法講座 第3巻 独禁法の理論と展開 [2]』(三省堂・2002年)40～41頁)。

⁶² EUにおいては欧州委員会が取引条件の設定に意欲的に関与している。例えば、IMS Health 事件決定において、委員会は被告に対して合理的且つ非差別的な条件で強制ライセンスを命じる仮決定を下し、その際、独立した専門家(independent experts)を選任し、当該専門家に取引条件の設定を付託することとした。なお、当該専門家は当事者の合意に基づき選任され(合意に至らない場合は委員会が指名し)、任務を遂行する上で当事者の有する全ての情報にアクセスが可能であり、委員会以外のいかなる第三者に対しても秘密を保持し、透明で客観的な条件を委員会に提言するものと規定する(Case COMP D3/38.044-NDC Health / IMS Health: Interim measures, [2002] OJ L59/18, para. 215)。なお、同決定は一般裁判所判決(Case T-184/01 R. IMS Health Inc. v. Commission, [2001] ECR II 0319)により覆ったが、事案の措置を講ずる上で欧州委員会が取引条件の設定に積極的な関与をしている状況が認められよう。

⁶³ 合理的な価格を設定する必要が生じた場合、例えば、裁判外紛争処理手続(ADR: Alternative Dispute Resolution)を活用することも一つの解決策として考えられる。ADRは専門性を有する第三者機関が仲裁等を行うものであり、両当事者の合意に基づき ADR の下す判断は裁判所の下す判決と同等の法的拘束力を持つ。また、ADR の活用により裁判所の負担軽減と専門的見地に立った適正な解決策の提示という効果が期待される。例えば、石川教授は「公正取引委員会の審判、国税不服審判所の審判、特許庁の審判など行政機関の審決手続が第一審的機能を有し、高等裁判所に訴えの提起がない限り当該審決が確定し、確定力をもつことが認められている。これらと同様に ADR によって認められた判断に含まれる給付請求権の履行確保のために、一定期間内の異議申立または訴えの提起のない限り執行力を認めてもよいのではないか」との考えを提示する(石川明「ADR 覚書」小島武司編『ADR の実際と理論 I』(中央大学出版部・2003年)20頁)。

いことには、その法を遵守するすべはない」⁶⁴との説示に示唆を得て、自律的な競争法規範の形成に寄与すべく、違法/適法に関する認識可能な判断基準を示すことを主たる目的としてきた。

違法性の判断、とりわけ、排除行為該当性の判断において本稿が着目したのは「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」といった当事者に認識可能な行為概念であり、これら行為概念を不当性の判断要素として利活用することである。「短期的利益犠牲」や「ライバル費用引上げ」といった行為概念それ自体は決して目新しいものではないが、当該行為概念は長らく学説や裁判所の批判に晒され、これに耐えてきた概念であり、信頼に足る基礎的概念である。

本稿では、単独・直接の継続取引拒絶(Type A, Type B)と単独・直接の新規取引拒絶(Type Y)の双方に対し、不当性評価のベースラインを探索・設定しつつ、「短期的利益犠牲」と「ライバル費用引上げ」を証拠として排除行為該当性の判断根拠を提示することを試みてきた。

本稿で試みた違法性判断のアプローチに対しては、異論や批判が有り得、より多くの分析と検討ならびに議論が必要であると認識するものであるが、本稿では、企業実務に従事する筆者の視点から「一つのアプローチ」として提示するものである。

以上。

⁶⁴ 川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌 139 巻 6 号(有斐閣・2009 年)588 頁。

＜表 9. 本稿における主要判例のタイプ属性＞

法域	事件 No.	判例	違法 /合法	Type
米国	1	Southern Photo 事件連邦最高裁判決(1927 年)	違法	B
	2	Otter Tail 事件連邦最高裁判決(1973 年)	違法	B
	3	MCI 事件連邦控訴裁判決(1983 年)	違法	Y
	4	Aspen 事件連邦最高裁判決(1985 年)	違法	A
	5	Trinko 事件連邦最高裁判決(2004 年)	合法	Y
	6	Covad 事件連邦控訴裁判決(2004 年)	合法	Y
	7	NYMEX 事件連邦地裁判決(2004 年)	合法	Y
	8	Nobody 事件連邦地裁判決(2004 年)	違法	B
EU	9	Commercial Solvents 事件欧州司法裁判所判決(1974 年)	違法	B
	10	British Midland 事件決定(1992 年)	違法	A
	11	GSK AEVE 事件欧州司法裁判所判決(2008 年)	違法	B
	12	Sabena 航空事件決定(1988 年)	違法	Y
	13	B&I 事件決定(1992 年)	違法	Y
	14	Sea Containers 事件決定(1993 年)	違法	Y
	15	Hafen Roedby 事件決定(1993 年)	違法	Y
	16	ICG 事件決定(1994 年)	違法	Y
	17	Magill 事件欧州司法裁判所判決(1995 年)	違法	Y
	18	Oscar Bronner 事件欧州司法裁判所判決(1998 年)	合法	Y
	19	IMS Health 事件欧州司法裁判所判決(2004 年)	合法	X
	20	Microsoft 事件一般裁判所判決(2007 年)	違法	Y
日本	21	東洋製罐事件勸告審決(1974 年)	違法	B
	22	NTT 東日本事件最高裁判決(2010 年)	違法	Y

※1 本稿で検討した判例のうち、顧客に対して競争法上違法な行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が用いられた事案や、単独・間接の取引拒絶の事案、および競争者に対する不当な取引妨害の事案はここでの検討の対象外とする。

＜表 10. 単独・直接の取引拒絶のタイプ別分類と違法性の判断要素＞

Type	法域	事件 No.	排除行為の違法認定に際して必要とされた事実
A	米国	4	<ul style="list-style-type: none"> ・能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)競争者の排除(目的の不当性) ・独占力の保有を背景とした排除効果(効果の不当性)
	EU	10	<ul style="list-style-type: none"> ・能率競争に反する(ライバル費用引上げを伴う)競争者の排除(目的の不当性) ・市場支配的地位を背景とした排除効果(効果の不当性)
B	米国	1	・独占化の目的・意図(目的の不当性)
		2	・独占力の保有を背景とした排除効果(効果の不当性)
		8	<ul style="list-style-type: none"> ・能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)競争者の排除(目的の不当性) ・独占力の保有を背景とした排除効果(効果の不当性)
	EU	9	・域内市場の競争歪曲(目的の不当性)
		11	・市場支配的地位を背景とした排除効果(効果の不当性)
	日本	21	<ul style="list-style-type: none"> ・能率競争に反する競争者の排除(目的の不当性) ・競争者の事業活動困難性(効果の不当性)
X	EU	19	・規制の対象外(規制不要)
Y	米国	3	・EF 理論の要件充足※2
		5	・能率競争に反する(短期的利益犠牲を伴う)競争者の排除(目的の不当性)
		6	
		7	・独占力の保有を背景とした排除効果(効果の不当性)
	EU	12	<ul style="list-style-type: none"> ・域内市場の競争歪曲(目的の不当性) ・市場支配的地位を背景とした排除効果(効果の不当性)
		13	・EF 理論の要件充足※3
		14	
		15	
		16	
		17	・EF 理論の要件充足※4
		18	
		20	
	日本	22	<ul style="list-style-type: none"> ・能率競争に反する競争者の排除(目的の不当性) ・競争者の事業活動困難性(効果の不当性)

※2 ここでの EF 理論の要件とは、MCI 事件連邦控訴裁判決において示された 4 要件であり、

- ①：独占者によって不可欠施設が支配されている(効果の不当性)
- ②：競争者が当該不可欠施設を複製することが非現実的又は非合理的である(効果の不当性)
- ③：競争者に当該不可欠施設の使用を拒絶している(客観的事実として)
- ④：当該不可欠施設を共用することが可能である(目的の不当性)

※3 ここでの EF 理論の要件とは、一連の港湾事件決定において示された 3 要件であり、

- ①：川下市場において競争上不可欠な施設を保有している(効果の不当性)
- ②：川下市場の競争者に対して当該不可欠施設へのアクセスを拒絶している(客観的事実として)
- ③：当該アクセス拒絶に正当化事由が無い(目的の不当性)

※4 ここでの EF 理論の要件とは、Microsoft 事件一般裁判所判決において示された 4 要件であり、

- ①：川下市場において事業活動上不可欠な製品・サービスが拒絶の対象となっている(効果の不当性)
- ②：当該拒絶によって川下市場における有効な競争が排除される(目的の不当性)
- ③：当該拒絶によって消費者需要のある新製品の出現が妨げられる(目的の不当性)
- ④：当該拒絶に正当化事由が無い(目的の不当性)

<表 11. 単独・直接の取引拒絶のタイプ別分類と排除行為該当性の判断要素の一般化>

	継続取引拒絶		新規取引拒絶	
水平的排除	Type A	・目的の不当性(短期的利益犠牲を証拠として)	Type X	規制の対象外
垂直的排除	Type B	・効果の不当性(ライバル費用引上げを証拠として)	Type Y	(未確定) 試論によれば EF 理論の要件充足※5により規定される目的の不当性(短期的利益犠牲の証拠)と効果の不当性(ライバル費用引上げの証拠)

※5 ここでの EF 理論の要件とは、Microsoft 事件一般裁判所判決において示された 4 要件(前掲※4)、若しくは MCI 事件連邦控訴裁判決において示された 4 要件(前掲※2)をいう。

＜表 12. NTT 東日本事件最高裁判決における排除行為該当性の考慮要素と米国下級審判例法上の EF 理論の 4 要件、ならびに EU 判例法上の EF 理論の 4 要件の関係＞

NTT 東日本事件最高裁判決			米国下級審判例法上の EF 理論※6	EU 判例法上の EF 理論※7
排除行為該当性の考慮要素		認定事実		
排除効果 (効果の不当性)	b)	規模の効率性と契約切替の困難性	第 1 要件 (支配の要件)	第 1 要件 (不可欠性の要件)
	d)	市場における地位および競争条件の相当の格差		
	e)	市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から相応の有意な期間		
	a)	加入者光ファイバ設備を新たに構築するには多大の費用を要すると認定	第 2 要件 (複製不可能性の要件)	
反競争的な人為性 (目的の不当性)	c)	大量のダークファイバを保有しつつ、価格スキーズにより取引義務を回避し、取引を拒絶していると認定	第 4 要件 (利用可能性の要件)	第 2 要件 (競争排除の要件)
				第 3 要件 (新製品の要件)
				第 4 要件 (客観的正当化事由の要件)

※6 ここでの米国下級審判例法上の EF 理論とは、MCI 事件連邦控訴裁判決において示された 4 要件(前掲※2)をいう。但し、第 3 要件(使用拒絶の要件)は事案の客観的状況から導かれる前提的要素であると解され、上記の比較表において当該要件は除外した。

※7 ここでの EU 判例法上の EF 理論とは、Microsoft 事件一般裁判所判決において示された 4 要件(前掲※4)をいう。

<参考文献>

【邦語書籍】

- 厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』(弘文堂・1997年)。
- 石井良三『独占禁止法 経済力集中排除法』(海口書店・1947年)。
- 井出秀樹編著『規制と競争のネットワーク産業』(勁草書房・2004年)。
- 井上朗『EU 競争法の手続と実務』民事法研究会(2009年)。
- 今村成和『私的独占禁止法の研究(五)』(有斐閣・1985年)99頁。
- 今村成和ほか編『独占禁止法講座Ⅴ 不公正な取引方法〔上〕』(商事法務・1985年)。
- 今村成和『独占禁止法入門〔第3版〕』(有斐閣・1992年)。
- 今村成和『独占禁止法入門〔第4版〕』(有斐閣・1993年)。
- 伊従寛=矢部丈太郎編『独占禁止法の理論と実務』(青林書院・2000年)。
- 遠藤乾編『ヨーロッパ統合史』(名古屋大学出版会・2008年)。
- 大録英一『独占禁止法の体系的理解Ⅱ』(静岡学術出版・2011年)。
- 岡田羊祐=林秀弥編『独占禁止法の経済学』(東京大学出版会・2009年)。
- 奥野正寛=鈴村興太郎『ミクロ経済学Ⅰ』(岩波書店・2006年)。
- 小田切宏之『企業経済学』(東洋経済新報社・2004年)。
- 小田切宏之『新しい産業組織論』(有斐閣・2004年)。
- 越智保見『日米欧 独占禁止法』(商事法務・2005年)。
- 金井貴嗣『独占禁止法〔第2版〕』(青林書院・2006年)。
- 金井貴嗣=川濱昇ほか編著『独占禁止法〔第2版〕』(弘文堂・2006年)。
- 金井貴嗣=川濱昇ほか編著『独占禁止法〔第3版〕』(弘文堂・2011年)。
- 川濱昇ほか著『企業結合ガイドラインの解説と分析』(商事法務・2008年)。
- 岸井大太郎ほか著『経済法〔第5版〕』(有斐閣・2006年)。
- 木下毅『アメリカ公法』(有斐閣・1993年)。
- 木下毅『アメリカ法入門・総論』(有斐閣・2000年)。
- 経営法友会 法務ガイドブック等作成委員会編『欧米競争法ガイドブック』(商事法務・2009年)。
- 小西唯雄編著『産業組織論と競争政策』(晃洋書房・2002年)。
- 佐藤一雄『米国独占禁止法』(信山社・2005年)。
- 実方謙二ほか著『独占禁止法講座Ⅴ 不公正な取引方法〔上〕』(商事法務研究会・1985年)。
- 実方謙二『改訂 独占禁止法入門』(青林書院・1986年)。
- 実方謙二『独占禁止法』(有斐閣・1987年)。
- 島野卓爾ほか編著『EU 入門』(有斐閣・2006年)。

商工省企画室『独占禁止法の解説』(時事通信社・1947年)。
 諏訪園貞明編著『平成17年改正独占禁止法』(商事法務・2005年)。
 庄司克宏『EU法 基礎編』(2008年・岩波書店)。
 正田彬『全訂独占禁止法〔I〕』(日本評論社・1980年)。
 正田彬『EC独占禁止法』(三省堂・1996年)。
 白石忠志『独禁法講義〔第3版〕』(有斐閣・2005年)。
 白石忠志『独占禁止法』(有斐閣・2006年)。
 白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』(有斐閣・2009年)。
 白石忠志『独禁法事例の勘所』(有斐閣・2008年)。
 白石忠志『独禁法事例の勘所〔第2版〕』(有斐閣・2010年)。
 ジョン・フランソワ・ベリス『EC競争法』(商事法務・2007年)183頁。
 須網隆夫『ヨーロッパ経済法』(新世社・2001年)。
 滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策〔第3版〕』(青林書院・2006年)。
 滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策〔第4版〕』(青林書院・2010年)。
 武田邦宣『合併規制と効率性の抗弁』(多賀出版・2001年)。
 辰巳浅嗣編著『EU 欧州統合の現在〔第2版〕』(創元社・2009年)。
 田中寿『不公正な取引方法・新一般指定の解説』(商事法務研究会・1982年)。
 田中英夫 編『英米法辞典』(東京大学出版会・1991年)。
 谷原修身『独占禁止法の史的展開論』(信山社・1997年)。
 谷原修身『独占禁止法と民事的救済制度』(中央経済社・2003年)。
 中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』(有斐閣・2001年)。
 長岡貞男＝平尾由紀子『産業組織の経済学』(日本評論社・2003年)。
 日本経済法学会編『独禁法の理論と展開〔2〕』(三省堂・2002年)。
 根岸哲『規制産業の経済法的研究第I巻』(成文堂・1986年)。
 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第3版〕』(有斐閣・2006年)。
 根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説〔第4版〕』(有斐閣・2010)。
 根岸哲編著『注釈 独占禁止法』(有斐閣・2009年)。
 平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』(商事法務・2005年)。
 福田耕治編著『EU・欧州統合研究』(成文堂・2009年)。
 福田雅樹『情報通信と独占禁止法－電気通信設備の接続をめぐる解釈論』(信山社・2008年)。
 舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣・2009年)。
 松下満雄『経済法概説〔第5版〕』(有斐閣・2011年)。
 村上政博『独占禁止法』(弘文堂・1996年)。
 村上正博『独占禁止法における審判決分析の役割』(商事法務・2009年)。
 村上政博『独占禁止法の新展開』(判例タイムズ社・2011年)。
 メイトランド『エクイティ』(有斐閣・1991年)。

矢野誠『ミクロ経済学の基礎』(岩波書店・2003年)。

矢部丈太郎編『独占禁止用語 和英辞典』公正取引協会(2012年)。

柳川隆＝川濱昇編『競争の戦略と政策』(有斐閣・2006年)。

【邦語論文】

青柳由香「公共サービスに対する EU 競争法の適用と限界 一般的経済利益を有するサービスと EU 機能条約 106 条 2 項を題材に」日本経済法学会編『企業結合規制の新たな課題』日本経済法学会年報 第 33 号(有斐閣・2012 年)127 頁。

飯島歩「米国著作権法におけるミスユース理論の展開 ネットワーク社会と保護の対象としてのパブリック・ドメイン」判例タイムズ 1076 号(2002 年)54 頁。

石川明「ADR 覚書」小島武司編『ADR の実際と理論 I』(中央大学出版部・2003 年)3 頁。

市川芳治「EU 競争法の規範的考察に関する一試論(上)」公正取引 714 号(2010 年)72 頁。

市川芳治「EU 競争法の規範的考察に関する一試論(中)」公正取引 715 号(2010 年)46 頁。

市川芳治「EU 競争法の規範的考察に関する一試論(下)」公正取引 716 号(2010 年)65 頁。

大久保直樹「事業法および反トラスト法の歴史研究がもつ現代的意義(一)」法学協会雑誌(2004 年)121 巻 10 号 1607 頁。

大久保直樹「事業法および反トラスト法の歴史研究がもつ現代的意義(二)」法学協会雑誌(2004 年)121 巻 11 号 1926 頁。

大久保直樹「事業法および反トラスト法の歴史研究がもつ現代的意義(三・完)」法学協会雑誌(2004 年)121 巻 12 号 2075 頁。

大槻文俊「判批」NBL957 号(2011 年)94 頁。

大録英一「判批」独禁法審決・判例百選〔第 6 版〕(2002 年)126 頁。

岡田直己「一方的取引拒絶の規制における『短期的利益の犠牲』についてートリニコ事件連邦最高裁判決の検討を中心にー」法学政治学論究 第 71 号(2006 年)161 頁。

岡田幸人「最高裁判所判例解説」法曹時報第 64 巻 11 号(2012 年 11 月)3149 頁。

越智保見「判批」ジュリスト 1422 号(2011 年)131 頁。

金井貴嗣「不公正な取引方法をめぐる諸課題」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号(有斐閣・2009 年)1 頁。

金子晃「判批」昭和 47 年度重要判例解説・ジュリスト 535 号(1973 年)194 頁。

金子晃「判批」独禁法審決・判例百選〔第 4 版〕(1991 年)32 頁。

川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣・1999 年)323 頁。

川濱昇「不可欠設備にかかる独占・寡占規制について」ジュリスト 1270 号(2004 年)59 頁。

川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』

日本経済法学会年報 第28号(有斐閣・2007年)20頁。

川濱昇「競争者排除行為に係る不公正な取引方法・私的独占についてー理論的整理ー」公正取引委員会・競争政策研究センター(2008年)1頁。

川濱昇「市場秩序法としての独禁法(一)」民商法雑誌139巻3号(有斐閣・2008年)265頁。

川濱昇「市場秩序法としての独禁法(二)」民商法雑誌139巻4・5号(有斐閣・2009年)439頁。

川濱昇「市場秩序法としての独禁法(三・完)」民商法雑誌139巻6号(有斐閣・2009年)581頁。

川濱昇「知的財産と独占禁止法ー対立、補完、協働」日本経済法学会編『知的財産と独占禁止法』日本経済法学会年報第32号(有斐閣・2011年)1頁。

川濱昇「判批」ジュリスト1419号(2011年)106頁。

岸井大太郎「公益事業の規制改革と独占禁止法」日本経済法学会編『公益事業の規制改革と競争政策』日本経済法学会年報 第23号(有斐閣・2002年)33頁。

岸井大太郎「判批」NBL929号(2010年)27頁。

伊永大輔「EUにおける市場支配的地位の濫用に係る指針(上)」公正取引710号(2009年)43頁。

伊永大輔「EUにおける市場支配的地位の濫用に係る指針(下)」公正取引711号(2010年)48頁。

佐藤一雄「独占禁止法上の独占・寡占規制見直しの今日的な意義」『厚谷襄児先生古希記念論集 競争法の現代的諸相(上)』(信山社・2005年)337頁。

澤井啓「ITを用いたADR」根岸哲＝川濱昇ほか編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』(有斐閣・2007年)357頁。

柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為(一)」香川法学22巻2号(2002年)91頁。

柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為(二)」香川法学23巻1・2号(2003年)1頁。

柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為(三)」香川法学24巻2号(2004年)119頁。

柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為(四・完)」香川法学29巻2号(2009年)189頁。

柴田潤子「判批」公正取引681号(2007年)77頁。

柴田潤子「判批」速報判例解説(法学セミナー増刊号vol.6(2010年))285頁。

白石忠志「Essential Facility 理論ーインターネットと競争政策」ジュリスト1172号(2000年)70頁。

白石忠志「函館新聞とアンブル生地管」法学教室244号(2001年)87頁。

白石忠志「独占寡占規制見直し報告書について」NBL776号(2004年)47頁。

白石忠志「判批」独禁法審決・判例百選〔第6版〕(2002年)24頁。

白石忠志「判批」法学教室 315号(2006年)97頁。

白石忠志「判批」Law and Technology 52号(2011年)14頁。

ジョン・ドゥ「エッセンシャル・ファシリティの死：最新アメリカ合衆国最高裁判決『ベライゾン対トリンコ』事件の紹介〔上〕」国際商事法務 Vol.32 No.2 (2004年)150頁。

ジョン・ドゥ「エッセンシャル・ファシリティの死：最新アメリカ合衆国最高裁判決『ベライゾン対トリンコ』事件の紹介〔下〕」国際商事法務 Vol.32 No.3 (2004年)310頁。

情報通信政策研究所「米国 FCC の接続ルールの変遷とそのインパクトに関する調査研究《報告書》」(総務省・2009年)。

鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(二)」公正取引 385号(1982年)61頁。

鈴木孝之「取引拒絶でみる不公正な取引方法の構成要件の在り方」白鷗大学法科大学院紀要 第2号(2008年)105頁。

泉水文雄「判批」公正取引 519号(1994年)50頁。

泉水文雄「私的独占・企業結合の規制」日本経済法学会編『独占禁止法 50年』経済法学会年報 第18号(有斐閣・1997年)1頁。

泉水文雄「国等により利用権が排他的に割り当てられている事業者に関する問題」ジュリスト 1270号(2004年)65頁。

泉水文雄「判批」経済法判例・審決百選(2010年)280頁。

泉水文雄「判批」公正取引 726号(2011年)74頁。

滝川敏明「競争者排除行為の違法認定基準(上)」公正取引 671号(2006年)22頁。

滝川敏明「競争者排除行為の違法認定基準(下)」公正取引 672号(2006年)38頁。

滝川敏明「排除行為の違法判定－競争法基準と独禁法への示唆」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報 第28号(有斐閣・2007年)40頁。

滝川敏明「EUの垂直的制限規制－日本の規制への示唆－」公正取引 736号(2012年)34頁。

滝川敏明「スマートフォン特許戦争とパテント・ホールドアップ」国際商事法務 41巻8号(2013年)1127頁。

滝澤紗矢子「判批」ジュリスト 1383号(2009年)124頁。

武田邦宣「判批」平成 23 年度重要判例解説・ジュリスト 1440号(2012年)252頁。

多田英明「EU法の最前線 EC条約 82条における市場支配的地位を有する事業者のライセンス拒否」貿易と関税(2008年)91(1)頁。

龍田節「判批」独禁法審決・判例百選〔第3版〕(1984年)26頁。

谷原修身「判批」公正取引 684号(2007年)48頁。

田中裕明「判批」ジュリスト 1354号(2008年)265頁。

東條吉純「判批」ジュリスト 1350号(2008年)88頁。

土佐和生「判批」公正取引 707号(2009年)16頁。

友岡史仁「判批」ジュリスト 1398号(2010年)269頁。

- 富山康吉「判批」独禁法審決・判例百選〔第2版〕(1977年)18頁。
- 長岡貞男「独占化行為の規制への経済理論からの含意：利潤犠牲を中心に」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報 第28号(2007年・有斐閣)92頁。
- 長澤哲也「判批」公正取引 738号(2012年)50頁。
- 西村暢史「米国情報通信産業における事業法の接続規制と競争法」日本経済法学会編『独占禁止法改正』日本経済法学会年報 第26号(有斐閣・2005年)119頁。
- 根岸哲「独占禁止法と『公共の利益』」ジュリスト 566号(1974年)52頁。
- 根岸哲「テレビ番組リストの利用許諾拒否と支配的地位の濫用—EC 独禁法 86条と国内著作権の行使」公正取引 504号(1992年)62頁。
- 根岸哲「NTT 東日本のマージン・スクイーズと排除型私的独占」民商法雑誌 144巻(有斐閣・2011年)802頁。
- 根岸哲「判批」ジュリスト 524号(1973年)109頁。
- ネリー・クルース「欧州委員会における市場支配的事業者の排他的濫用行為に対する規制の見直し」公正取引 667号(2006年)36頁。
- 波光巖「単独の取引拒絶」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相(下) 厚谷襄児先生古希記念論集』(信山社・2005年)625頁。
- 林秀弥「欧州競争法における独占的事業者による競争者排除行為の規制—欧州マイクロソフト事件を中心に—」総務省 情報通信政策研究所 海外情報通信判例研究会報告書(第一集)(2010年)1頁。http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/23749.html
- 舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(六)」国家学会雑誌 第90巻 第5・6号(1977年)270頁。
- 舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(七・完)」国家学会雑誌 第90巻 第9・10号(1977年)589頁。
- 舟田正之「判批」ジュリスト 1056号(1994年)149頁。
- 稗貫俊文「知的財産権に関する競争政策の新しい動向について」公正取引 649号(2004年)2頁。
- 稗貫俊文「私的独占の総括的検討」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』日本経済法学会年報 第28号(有斐閣・2007年)1頁。
- 平林英勝「NTT 東日本による FTTH サービスの私的独占事件審決の検討—固有の独禁法を適用するか事業法を考慮するか—」判例タイムズ 1246号(2007年)78頁。
- 平林英勝「論説 独占禁止法第1条の起草過程とその背景および意義 —非西欧社会における市場経済と民主主義の法の成立—」筑波ロー・ジャーナル創刊号(2007年)39頁。
- 平林英勝「独禁法の起草過程にみる公正取引委員会・独立行政委員会の誕生」神奈川法学 41巻1号(2008年)21頁。
- 平林英勝「不公正な取引方法規制の歴史・意義・課題」日本経済法学会編『不公正な取引

方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号(有斐閣・2009 年)67 頁。

平林英勝「日本的独占禁止法の形成と丸山泰男」筑波ロー・ジャーナル 5 号(2009 年)127 頁。

細田孝一「支配的事業者による単独の取引拒絶と EC 競争法」土田和博＝須網隆夫編著『政府規制と経済法－規制改革時代の独禁法と事業法』(日本評論社・2006 年)247 頁。

丸山真弘「米国反トラスト法における不可欠施設の法理の論点整理－トリニコ事件判決を中心に－」(電力中央研究所・2005 年)1 頁。

松下満雄「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針(案)に関する意見」公正取引委員会(2001 年)。

松下満雄『「不可欠施設」(essential facilities)に関する米最高裁判決』(国際商事法務 Vol.32, No.2・2004 年), 143 頁。

松下満雄「判批」商事法務 612 号(1972 年)7 頁。

宮井雅明「政府規制と反トラスト法－連邦法レベルでの調整」土田和博＝須網隆夫編著『政府規制と経済法－規制改革時代の独禁法と事業法』(日本評論社・2006 年)103 頁。

向田直範「判批」独禁法審決・判例百選〔第 5 版〕(1997 年)26 頁。

村上政博「平成 16 年独占禁止法改正をめぐる論点－措置体系と不可欠施設」NBL778 号(2004 年)20 頁。

村上政博「判批」公正取引 686 号(2007 年)50 頁。

村上政博「判批」判例タイムズ 1316 号(2010 年)45 頁。

山田務「私的独占事案における競争の実質的制限の認定について－EU の市場支配的地位の濫用事案を参考にして」筑波法政 第 55 号(2013 年)1 頁。

山部俊文「不公正な取引方法の規制」日本経済法学会編『独占禁止法 50 年』経済法学会年報 第 18 号(有斐閣・1997 年)55 頁。

山部俊文「公正競争阻害性・再論」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 第 30 号(有斐閣・2009 年)19 頁。

山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(1)－取締法規論の再検討」ジュリスト 1087 号(1996 年)123 頁。

山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(2・完)－取締法規論の再検討」ジュリスト 1088 号(1996 年)98 頁。

横田直和「判批」経済法判例・審決百選(2010 年)34 頁。

和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(1)」民商法雑誌 121 巻 6 号(有斐閣・2000 年)813 頁。

和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(2・完)」民商法雑誌 122 巻 1 号(有斐閣・2000 年)74 頁。

渡邊静二＝岩淵権「株式会社ローソンによる独占禁止法違反事件について」公正取引 576 号(1988 年)87 頁。

【ガイドライン等】

「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」公正取引委員会事務局(平成 3 年 7 月 11 日)。

「独占禁止法研究会報告書」独占禁止法研究会(平成 15 年 10 月)。

「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」公正取引委員会(平成 16 年 5 月 31 日)。

「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」公正取引委員会(平成 19 年 3 月 28 日)。

「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」公正取引委員会(平成 19 年 9 月 28 日)。

「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」公正取引委員会・総務省(平成 20 年 3 月)。

「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」公正取引委員会(平成 21 年 10 月 28 日)。

「適正な電力取引についての指針」公正取引委員会・経済産業省(平成 23 年 9 月 5 日)。

【欧米書籍】

ABA, “Antitrust Law Developments 5th ed.”, American Bar Association (2002).

ABA, “Antitrust Law Developments 6th ed.”, American Bar Association (2007).

Pinar Akman, “The Concept of Abuse in EU Competition Law and Economic Approaches”, Hart Publishing (2012).

Steven Anderman & Hedvig Schmidt, “EU Competition Law and Intellectual Property Rights 2nd ed.”, Oxford University Press (2011).

Phillip E. Areeda, Louis Kaplow & Aaron Edlin, “Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases, 6th ed.”, Aspen Publishers (2004).

Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp, “Fundamentals of Antitrust Law 3rd ed.”, Aspen Publishers (2005).

Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, “Antitrust Law III”, Little Brown and Company (1978).

Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, “Antitrust Law III 2nd ed.”, Aspen Law & Business (2002).

Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp., “Antitrust Law IIIA 2nd ed.”, Aspen Law &

- Business (2002).
- Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, "Antitrust Law II B 3rd ed.", Wolters Kluwer Law & Business (2007).
- Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, "Antitrust Law III 3rd ed.", Wolters Kluwer Law & Business (2008).
- Robert H. Bork, "The Antitrust Paradox", Basic Books Inc (1978).
- Sir Christopher Bellamy and Graham Child, "European Community Law of Competition 6th ed.", Oxford University Press (2008).
- Sir Christopher Bellamy and Graham Child, "Materials on European Community Law of Competition", Oxford University Press (2008).
- Einer Elhauge, "United States Antitrust Law and Economics 2nd ed.", Foundation Press (2011).
- Jonathan Faull and Ali Nikpay, "The EC Law of Competition 2nd ed.", Oxford University Press (2007).
- David J. Gerber, "Law and Competition in Twentieth Century Europe", Oxford University Press (2003).
- D.G.Goyder, "EC Competition Law 5th ed.", Oxford University Press (2009).
- Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its practice 3rd ed.", Thomson West (2005).
- Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice 4th ed.", West (2011).
- Alison Jones and Brenda Sufrin, "EC Competition Law 2nd ed.", Oxford University Press (2004).
- Alison Jones and Brenda Sufrin, "EC Competition Law 4th ed.", Oxford University Press (2011).
- Valentine Korah, "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice 9th ed.", Hart Publishing(2009) .
- John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White, "The Antitrust Revolution 4th ed.", Oxford University Press (2004).
- A. D. Neale, "The Antitrust Laws of the United States of America", Cambridge University Press (1960).
- A. D. Neale, "The Antitrust Laws of the United States of America 2nd ed.", Cambridge University Press (1970).
- Richard A. Posner, "Antitrust Law: An Economic Perspective", The University of Chicago Press (1976).
- Richard A. Posner, "Antitrust Law 2nd ed.", The University of Chicago Press (2001).

- Ekaterina Rousseva, "Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law", Hart Publishing (2010).
- Lawrence A. Sullivan, "Handbook of the Law of Antitrust", West (1977).
- Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, "The Law of Antitrust: An Integrated Handbook 2nd ed.", Thomson West (2006).
- Richard Whish, "Competition Law 6th ed.", Oxford University Press (2009).

【欧米論文】

- Christian Ahlborn and A. Jorge Padilla, 'From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law', European Competition Law Annual 2007, Hart Publishing (2008).
- Phillip E. Areeda & Donald F. Turner, 'Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act', 88 Harv. L. Rev. 697 (1975).
- Kenneth J. Arrow & Gerard Debreu, 'The Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy', 22 Econometrica 265 (1954).
- Jonathan B. Baker, 'Competition Policy as a Political Bargain', 73 Antitrust L.J. 483 (2006).
- William J. Baumol, 'Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing', 89 Yale L.J. 1 (1979).
- William J. Baumol, 'Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure', 72 American Economic Review 1 (1982).
- Dennis W. Carlton, 'A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why Aspen and Kodak are Misguided', 68 Antitrust L.J. 659 (2001).
- Adam Chandeub, 'Trinko and Re-Grounding the Refusal to Deal Doctrine', 66 U. Pitt. L. Rev. 821 (2005).
- 'Explanatory note, "An economic approach to Article 82"', report by the Economic Advisory Group for Competition Policy, available at: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/note_eagcp_july_05.pdf.
- Aaron S. Edlin, and Joseph Farrell, 'The American Airlines Cases: A Chance to Clarify Predation Policy (2001), John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White, "The Antitrust Revolution 4th ed.", (2004).
- Einer Elhauge, 'Defining Better Monopolization Standards', 56 Stan L. Rev. 253 (2003).
- Ian S. Forrester, Q.C., 'EC Competition Law as a Limitation on the Use of IP Rights in Europe: Is There Reason to Panic?', European Competition Law Annual 2003, Hart

- Publishing (2006).
- Eleanor M. Fox, 'Is There Life in Aspen After Trinko? The Silent Revolution of Section 2 of The Sherman Act', 73 *Antitrust L. J.* 153 (2005).
- Andrew I. Gavil, 'Integrating New Economic Learning with Antitrust Doctrine: Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance', 72 *Antitrust L.J.* 3 (2004).
- David J. Gerber, 'The Future of Article 82: Dissecting the Conflict', *European Competition Law Annual 2007*, Hart Publishing (2008).
- Richard Gilbert, 'Holding Innovation to an Antitrust Standard', 3 *Competition Policy International* 47 (Spring 2007).
- Kenneth L. Glazer, 'Predatory Pricing and Beyond: Life After Brooke Group', 62 *Antitrust L.J.* 606 (1994).
- Kenneth L. Glazer and Abbot B. Lipsky, Jr., 'Unilateral Refusal to Deal Under Section 2 of the Sherman Act', 63 *Antitrust L.J.* 749 (1995).
- Liza Lovdahl Gormsen, 'Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?', *The Competition Law Review Volume2 Issue2* (2006).
- Herbert Hovenkamp, 'The Sherman Act and the Classical Theory of Competition', 74 *Iowa L. Rev.* 1026 (1989).
- Herbert Hovenkamp, 'Exclusion and the Sherman Act', 72 *U. Chi. L. Rev.* 147 (2005).
- Herbert Hovenkamp, 'The Monopolization Offence', 61 *Ohio St. L.J.* 1035 (2000).
- Herbert Hovenkamp, 'Introduction to The Neal Report and the Crisis in Antitrust', 5 *Competition Pol'y Int'l* 217 (2009).
- Jonathan M. Jacobson; Scott A. Sher, "'No Economic Sense" Makes No Sense for Exclusive Dealing', 73 *Antitrust L. J.* 779 (2006).
- Valentine Korah, 'Advocate General Jacobs' Contribution to Competition Law', 29 *Fordham Int'l L.J.* 716 (2006).
- T. G. Krattenmaker and R. H. Lande and S. C. Salop, 'Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law', 76 *Geo. L.J.* 241 (1987).
- Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, 'Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price', 96 *Yale L.J.* 209 (1986).
- Jean-Jacques Laffont, Patrick Rey and Jean Tirole, 'Competition between telecommunications operators' 41 *Eur. Econ. Rev.* 701 (1997).
- Robert H. Lande, 'Wealth Transfers Should Guide Antitrust', 58 *Antitrust L.J.* 631 (1988).
- W. M. Landes & R. A. Posner, 'Market Power in Antitrust Cases', 94 *Harv. L. Rev.* 937 (1981).

- John Temple Lang, 'Anticompetitive Abuses under Article 82 Involving Intellectual Property Rights', "European Competition Law Annual 2003, Hart Publishing (2006).
- Marina Lao, 'Unilateral Refusal to Sell or License Intellectual Property and the Antitrust Duty to Deal', 9 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 193 (1999).
- William L. Letwin, 'Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890', 23 U. Chi. L. Rev. 233 (1956).
- Abbot B. Lipsky, Jr. & J. Gregory Sidak, 'Essential Facilities', 51 Stan. L. Rev. 1187 (1999).
- James May, 'Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918', 50 Ohio St. L.J. 258 (1989).
- Alan J. Meese, 'Liberty and Antitrust in the Formative Era', 79 B.U.L. Rev. 1 (1999).
- A. Douglas Melamed, 'Evolving Antitrust Treatment of Dominant Firms: Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusal to Deal', 20 Berkeley Tech. L.J. 1247 (2005).
- A. Douglas Melamed, 'Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct: Are There Unifying Principles?', 73 Antitrust L.J. 375, (2006).
- Janusz A. Ordover and Robert D. Willig, 'An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation', 91 Yale L. J. 8, (1981).
- J. Ordover & R. Willig, 'The Dep't of Justice Merger Guidelines: An Economic Assessment', 71 Cal. L. Rev. 535, (1983).
- J. A. Ordover and G.Saloner, 'Predation, Monopolization and Antitrust', in Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds.), "Handbook of Industrial Organization vol. 1", (1989).
- Pitofsky, et al., 'The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law', 70 Antitrust L.J. 443 (2002).
- Lars-Hendrik Roller and Oliver Stehmann, 'The Year 2005 at DG Competition: The Trend towards a More Effects-Based Approach', 29 Review of Industrial Organization (2006).
- Ekaterina Rousseva, 'The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernize the Analysis under Article 82 EC?', The Competition Law Review Vol. 2, Issue 2 (2006).
- Steven C. Salop, 'Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard, presented to the Antitrust Modernization Commission (Nov. 4, (2005)).
- Steven C. Salop, 'Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed

- Profit-Sacrifice Standard', 73 Antitrust L.J. 311 (2006).
- Steven C. Salop & R. Craig Romaine, 'Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft', 7 Geo. Mason L.Rev. 617 (1999).
- R. Schmalensee, 'Comment, Another Look at Market Power', 95 Harv. L. Rev. 1789, (1982).
- Richard Schmalensee, 'Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust', "How the Chicago School Overshot the Mark", Oxford University Press (2008).
- Frank X. Schoen, 'Exclusionary Conduct After Trinko', 80 N.Y.U.L. Rev. 1625 (2005).
- Daniel E. Troy, 'Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine', 83 Colum. L. Rev. 441 (1983).
- Gregory J. Werden, 'Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: "No Economic Sense" Test', 73 Antitrust L.J. 413 (2006).
- Daniel Zimmer, 'On Fairness and Welfare: The Objectives of Competition Policy', European Competition Law Annual 2007, Hart Publishing (2008).

【欧米ガイドライン等】

- Nat'l Ass'n of Attorneys General, Horizontal Merger Guidelines, (1993).
- Antitrust Modernization Commission, 'Report and Recommendations', (2007).
- U.S. Department of Justice, 'Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act', September 8 (2008).
- Department of Justice, 'Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law', May 11 (2009).
- U. S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 'Horizontal Merger Guidelines', (1992. Revised 1997, 2010).
- 'DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses', December 2005.
- Communication from the Commission, 'Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings', OJ C45/02 24.2.2009.
- 'Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the community regulatory framework for electronic communications networks and services (the SMP Guidelines)', OJ [2002] C165/03.

‘Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty’, [2004] OJ C101/97.

‘Guidelines on the assessment of horizontal mergers’, [2004] OJ C31/5.

Council Regulation (EEC) No 4055/86 of 22 December 1986 applying the principle of freedom to provide services to maritime transport between Member States and between Member States and third countries, OJ L 378, 31/12 [1986].

Commission Directive on Competition in the Markets in Telecommunications Terminal Equipment) OJ L 131, 27/5 [1988].

Council Regulation (EEC) No 2299/89 of 24 July 1989 on a code of conduct for computerized reservation systems, OJ L 220, 29/07 [1989].

Council Directive on the Development of the Community’s Railways OJ L 237, 24/8 [1991].

Directive of the European Parliament and of the Council concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity OJ L 27, 30/1 [1997].

The Unilateral Conduct Working Group, ‘Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws’, Presented at the 9th Annual Conference of the ICN, April 2010.